

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Civil



TESIS DOCTORAL

Custodia compartida y protección jurídica del menor

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Emilia Fernández-Luna Abellán

Directora

M^a Dolores Hernández Díaz-Ambrona

Madrid, 2017

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL



TESIS DOCTORAL

**CUSTODIA COMPARTIDA Y PROTECCIÓN JURÍDICA
DEL MENOR**

AUTORA: Emilia Fernández-Luna Abellán

DIRECTORA: M^a Dolores Hernández Díaz- Ambrona

Madrid 2015

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi directora de Tesis doctoral, la profesora M^a Dolores Hernández Díaz-Ambrona, por sus valiosos consejos y su incondicional apoyo a lo largo de este camino académico.

FE DE ERRATAS

Finalizada la tesis doctoral de Doña Emy Fernández-Luna Abellán titulada “Custodia Compartida y Protección jurídica del menor”, se advirtieron de ciertos errores a causa de la pérdida de datos en determinados momentos, los cuales se detallan a continuación:

- Pág. 41. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Jornada Científica “La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja” Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010.
<http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip>

Debe ampliarse del siguiente modo: II Jornada Científica de ASEMIP “La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja” Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010.
<http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip> Pág. Consultada el 22 de febrero de 2014.

-Pág. 42. Debe insertarse en la nota 57 a pie de página: GODOY MORENO, A., “*La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa*”, en Diez años de abogados de familia 1993- 2002, obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia Edit. La Ley, Madrid, 2003.

- Pág. 73. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. “*El interés del menor en la custodia compartida*” Página 96. Salamanca, 2009.

- Pág. 77. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. *Op. Cit.*, Página 102. Salamanca, 2009.

- Pág. 80. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. *Op. Cit.*, Página 102 y 110. Salamanca. 2009.

..... la custodia compartida, en el caso de falta de acuerdo entre los progenitores y de que uno de ellos la reclame en exclusiva para sí, suscitaba controversia y de hecho plantea serios problemas prácticos. Pero no puede obviarse el derecho del otro progenitor a compartirla. Que en esas circunstancias quede en manos del juez decidir lo que proceda, anteponiendo el interés de los hijos, es lo propio en un Estado de derecho”. El País, edición del 30 de junio de 2005, p. 14, (sección editorial).

-Pág. 90. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto:
<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf> En septiembre de 2002, la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE) presentaron el << Informe Reencuentro>> que bajo el lema “el mejor padre, ambos padres” proponía una alternativa legislativa basada en la parentalidad conjunta.

Debe ampliarse del siguiente modo: <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf> En septiembre de 2002, la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE) presentaron el << Informe Reencuentro>> que bajo el lema “el mejor padre, ambos padres” proponía una alternativa legislativa basada en la parentalidad conjunta. Página consultada en los meses de septiembre y octubre de 2013.

-Pág. 100. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: II Jornada Científica ASEMIP. La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja. Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010. VIÑAS MAESTRE D. << Cuando se decide sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño de forma mayoritaria y, desde esta perspectiva, debería hablarse de custodia alterna. >> <http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip>

Debe ampliarse del siguiente modo: II Jornada Científica de ASEMIP “La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja” Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010. VIÑAS MAESTRE D. << Cuando se decide sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño de forma mayoritaria y, desde esta perspectiva, debería hablarse de custodia alterna. >>

Vid. <http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip> Pág. Consultada el 23 de febrero de 2014.

-Pág. 110. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: http://www.projusticia.es/estudios/informe%20Renacer%sobre%20custodia%20compartida/documentos7Anexo4_I_Renacer_custodiacompartida.PDF

Debe ampliarse del siguiente modo: Vid. http://www.projusticia.es/estudios/informe%20Renacer%sobre%20custodia%20compartida/documentos7Anexo4_I_Renacer_custodiacompartida.PDF Pág. Consultada el 1, 2 y 3 de marzo de 2014.

-Pág. 112. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Dicha Ley puede consultarse en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

Debe ampliarse del siguiente modo: Dicha Ley puede consultarse en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm> Página consultada el 7, 8 y 9 de abril de 2014.

-Pág. 133 Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. *Op. Cit.*, Página 133. Salamanca, 2009.

-Pág. 137. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc

Debe ampliarse del siguiente modo: Vid. http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc Pág. Consultada el 26 de abril de 2014. De igual forma, se puede consultar, http://www.social.gouv.fr/familleenfance/doss_pr/aut_parent/34010227.htm

-Pág. 140. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-247dossier16.pdf?sfursn=2

Debe ampliarse del siguiente modo: Vid. <http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-247dossier16.pdf?sfursn=2> Pág. Consultada 28 de abril de 2014.

-Pág. 141. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Dichas orders pueden ser consultadas <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf> El Informe Reencuentro es un excelente estudio al respecto realizado por Javier Álvarez y Rafael Marañón.

Debe ampliarse del siguiente modo: Dichas orders pueden ser consultadas <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf> (Pág. Consultada 30 de abril de 2014) El Informe Reencuentro es un excelente estudio al respecto realizado por Javier Álvarez y Rafael Marañón.

-Pág. 143. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: MARÍN GARCIA DE LEONARDO M.T. *“Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso.”* Diario La Ley. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29. Página 1449 << En Italia, para establecer una guarda y custodia exclusiva, el Juez debe justificar las razones por las que la guarda y custodia compartida no procede y es contraria a los intereses del menor. >>

Debe rectificarse del siguiente modo: MARÍN GARCIA DE LEONARDO M.T. *“Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso.”* Diario La Ley. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29. Página 149 << En Alemania, para establecer una guarda y custodia exclusiva, el Juez debe justificar las razones por las que la guarda y custodia compartida no procede y es contraria a los intereses del menor. >>

-Pág. 151. Debe insertarse nota a pie de página: PÉREZ SALAZAR-RESANO, M., *“Patria Potestad” Op. Cit.*, Página 198.

- Pág. 158. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: www.oocities.org/es/apinpach/estados unidos.htm

Debe ampliarse del siguiente modo: [http:// www.oocities.org/es/apinpach/estados](http://www.oocities.org/es/apinpach/estados) unidos.htm
Página consultada el 20 de junio de 2014.

- Pág. 159. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?Appmode=DisplayStatute&URL=Ch0061/titl0061.htm>

Debe ampliarse del siguiente modo: Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?Appmode=DisplayStatute&URL=Ch0061/titl0061.htm> Página consultada el 26 de junio de 2014.

- Pág.161. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 114. Salamanca, 2009.

-Pág. 164. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: GARRIGA GORIGA M. *“El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta”* Revista Indret. Barcelona, julio 2008. Páginas 3-13.

Debe rectificarse del siguiente modo: GARRIGA GORIGA M. *Op. Cit.*, Barcelona, julio 2008. Páginas 3-13.

- Pág. 168. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 168. Salamanca, 2009.

-Pág. 169. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: En este enlace pueden ser consultados en versión original: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?>

Debe rectificarse del siguiente modo: En este enlace pueden ser consultados en versión original: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=djglp> Página consultada los días 28 y 29 de junio de 2014.

-Pág. 182. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 147 y 148. Salamanca, 2009.

-Pág. 186. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: También puede ser consultado el estudio realizado por SARIEGO MORILLO, que puede ser localizado en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>

Debe ampliarse del siguiente modo: También puede ser consultado el estudio realizado por SARIEGO MORILLO, que puede ser localizado en <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf> Página consultada los días 10, 11 y 12 de septiembre de 2014.

-Pág. 190. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 156. Salamanca, 2009.

- Pág. 197. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Estudios sobre los distintos regímenes de custodia y sus efectos en el desarrollo y bienestar del niño, recopilado en el Informe Reencuentro III que puede localizarse en la página <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-iii.pdf> << Se exponen en cuanto a las ventajas del régimen de custodia compartida respecto a los menores: mejor adaptación a su entorno, mayor rendimiento escolar, mayor satisfacción con la distribución de los tiempos de convivencia, mayores niveles de autoestima y de confianza en sí mismo, mejor relación con cada uno de sus padres, menos problemas psíquicos o síntomas de estrés psicosomático, menos interferencias de nuevas parejas de los progenitores, menos probabilidades de maltrato físico. Así mismo se señalan las siguientes ventajas respecto de los progenitores: menos conflictividad y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, menos recursos a los castigos físicos, menos recurso a la presión psicológica y a la culpabilización al otro progenitor, y mayor cumplimiento de los pagos económicos. >>

Debe ampliarse del siguiente modo: Estudios sobre los distintos regímenes de custodia y sus efectos en el desarrollo y bienestar del niño, recopilado en el Informe Reencuentro III que puede localizarse en la página <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-iii.pdf> << Se exponen en cuanto a las ventajas del régimen de custodia compartida respecto a los menores: mejor adaptación a su entorno, mayor rendimiento escolar, mayor satisfacción con la distribución de los tiempos de convivencia, mayores niveles de autoestima y de confianza en sí mismo, mejor relación con cada uno de sus padres, menos problemas psíquicos o síntomas de estrés psicosomático, menos interferencias de nuevas parejas de los progenitores, menos probabilidades de maltrato físico. Así mismo se señalan las siguientes ventajas respecto de los progenitores: menos conflictividad y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, menos recursos a los castigos físicos, menos recurso a la presión psicológica y a la culpabilización al otro progenitor, y mayor cumplimiento de los pagos económicos. >> Página consultada los días 14, 15, 16 y 17 de abril de 2014.

-Pág.200. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 203. Salamanca, 2009.

- Pág. 201. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: La Children Act 2000 reformó la Sección 24 de la Children Act de 1989, estableciendo medidas sobre el cuidado de los niños por parte de las autoridades locales. Care Standards Act 2000, para la aplicación y desarrollo de los derechos del niño y/ o menor. Con esta Ley se crearon instituciones de gran importancia tales como: << National Care Standards Commission >> << General Social Care Council >> << Care Council of Wales >> <<Children's Commissioner for Wales>> Children's Commissioner for Wales Act 2001

Debe ampliarse del siguiente modo: La Children Act 2000 reformó la Sección 24 de la Children Act de 1989, estableciendo medidas sobre el cuidado de los niños por parte de las autoridades locales. Care Standards Act 2000, para la aplicación y desarrollo de los derechos del niño y/ o menor. Con esta Ley se crearon instituciones de gran importancia tales como: << National Care Standards Commission >> << General Social Care Council >> << Care Council of Wales >> <<Children's Commissioner for Wales>>

Dicho texto puede ser consultado en el siguiente enlace: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> Página consultada el 12 de mayo de 2015.

Children's Commissioner for Wales Act 2001. Dicha Ley puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2001/18/contents>

- Pág. 204. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 259. Salamanca, 2009.

-Pág. 205. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfursn=2 En este enlace pueden ser consultados dichos Tratados Internacionales.

Debe rectificarse del siguiente modo: En este enlace pueden ser consultados dichos Tratados internacionales

<http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfursn=2>

-Pág. 209. Debe insertarse nota a pie de página: Criterio compartido por MARZATICO, F., "Las garantías constitucionales...", *Op. Cit.*, Pág. 355.

-Pág. 218. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. *Op. Cit.*, Página 261. Salamanca, 2009.

- Pág. 222. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Sobre el tema véase EEKELAAR J. "The interest of child and the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism." In International Journal of Law Policy and the Family, Oxford University Press, 1994. Páginas 42-61; <http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>

Debe ampliarse del siguiente modo: Sobre el tema véase EEKELAAR J. "The interest of child and the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism." In International Journal of Law Policy and the Family, Oxford University Press, 1994. Páginas 42-61; <http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42> Página consultada el 12 y 13 de noviembre de 2014.

- Pág. 222. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. *Op. Cit.*, Página 269-272. Salamanca, 2009.

-Pág. 222. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: ROVERO HERNÁNDEZ F. *"El interés del menor."* Op. Cit., Página 80.

Debe rectificarse del siguiente modo: RIVERO HERNÁNDEZ F. *"El interés del menor."* Op. Cit., Página 80.

- Pág. 225. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. Op. Cit., Página 274-275. Salamanca, 2009.

-Pág. 228. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. Op. Cit., Página 230-231. Salamanca, 2009.

-Pág. 229. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfursn=2 "La Protección de la Infancia en las Constituciones de los países de la UE". **Alemania:** Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. Artículo 6.2 << El cuidado y educación de los niños constituye un derecho natural de los padres así como un deber que a ellos corresponde primordialmente. La Comunidad del Estado vigila su cumplimiento. >>

Francia: Constitución de 27 de octubre de 1946. Preámbulo: <<La Nación garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio.....>>

Italia: Constitución de 1947. Título II "Relaciones ético- sociales" Artículo 31: << La República facilita, con medidas económicas y otros medios, la formación de la familia y el cumplimiento de sus fines. Protege la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias para este fin. >>

Debe ampliarse del siguiente modo: En el siguiente enlace pueden ser consultados los artículos referentes a la protección de la infancia de las Constituciones de Alemania, Francia, Italia, Finlandia, Grecia, Portugal e Irlanda.

www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfursn=2 "La Protección de la Infancia en las Constituciones de los países de la UE". **Alemania:** Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. Artículo 6.2 << El cuidado y educación de los niños constituye un derecho natural de los padres así como un deber que a ellos corresponde primordialmente. La Comunidad del Estado vigila su cumplimiento. >>

Francia: Constitución de 27 de octubre de 1946. Preámbulo: <<La Nación garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio.....>>

Italia: Constitución de 1947. Título II "Relaciones ético- sociales" Artículo 31: << La República facilita, con medidas económicas y otros medios, la formación de la familia y el cumplimiento de sus fines. Protege la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias para este fin. >>

-Pág. 248. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: KERRY COLLEEN M. / TORRES A. /SEEMAN ERIC A. *"Journal of Divorce & Remarriage."* Psychology Department, University of Alabama, 11 de octubre de 2008. En el siguiente enlace puede ser consultado dicho estudio en versión original, <http://www.tandfonline.com/loi/wjdr20>

Debe ampliarse del siguiente modo: : KERRY COLLEEN M. / TORRES A. /SEEMAN ERIC A. *"Journal of Divorce & Remarriage."* Psychology Department, University of Alabama, 11 de octubre de 2008. En el siguiente enlace puede ser consultado dicho estudio en versión original, <http://www.tandfonline.com/loi/wjdr20> Página consultada los días 6. 7 y 8 de diciembre de 2014.

-Pág. 256. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J.H. *Op. Cit.*, Página 159. Salamanca, 2009.

Pág. 265. Debe insertarse nota a pie de página: ECHEVARRIA GUEVARA K.L. *“La guarda y custodia compartida de los hijos”* Edit. Universidad de Granada, 2011. Páginas 332-334.

- Pág. 272. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Texto disponible íntegro en la página web de la Asociación Española de Abogados de Familia. <http://www.aeafa.es>

Debe ampliarse del siguiente modo: Texto disponible íntegro en la página web de la Asociación Española de Abogados de Familia. <http://www.aeafa.es> Página consultada los días 13, 14 y 15 de enero de 2015.

-Pág. 301. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: En este enlace podrá ser consultada la legislación relativa a The Norwegian Act on Parents and Children en versión original, <http://www.fhi.no/dokumenter/bf66e7bf8b.pdf>

Debe ampliarse del siguiente modo: En este enlace podrá ser consultada la legislación relativa a The Norwegian Act on Parents and Children en versión original, <http://www.fhi.no/dokumenter/bf66e7bf8b.pdf> Página consultada el 7 y 8 de febrero de 2015.

-Pág. 319. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: Sentencia de la Corte Suprema del Estado de Washington de 5 de junio de 2000, Troxel versus Grandville, 530 U. S. 57 (2000). En el siguiente enlace puede ser consultada dicha sentencia en versión original, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/57/>

Debe ampliarse del siguiente modo: Sentencia de la Corte Suprema del Estado de Washington de 5 de junio de 2000, Troxel versus Grandville, 530 U. S. 57 (2000). En el siguiente enlace puede ser consultada dicha sentencia en versión original, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/57/> Página consultada el 1 y 2 de abril de 2015.

-Pág. 321. En el título en la nota a pie de página con el siguiente texto: *“The International Survey of Family Law”*, 2002 Edition. Página 443.

Debe ampliarse del siguiente modo: BAINHAIM A. *“The International Survey of Family Law”*, 2002 Edition. Página 443.

-Pág. 325. Debe insertarse nota a pie de página: CLAVIJO SUNTURA J. H. *Op. Cit.*, Página 81 y 82. Salamanca, 2009.

- Pág. 327. En las Conclusiones I el texto transcrito: Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre los progenitores en una situación de separación o divorcio es recomendable que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad se mantuviesen de manera compartida en beneficio del menor. El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos. Así pues, en situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción del bonus filii, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio.

Debe ampliarse del siguiente modo: En base al principio de igualdad que ineludiblemente debe regir entre los progenitores en una situación de separación o divorcio sería conveniente que tanto la titularidad como el ejercicio de la patria potestad se mantuviesen de manera compartida en aras de precautelar el principio del interés superior del menor. En concreto, en una situación de crisis familiar, la concreción del interés del menor vendrá en buena medida condicionado por las concretas circunstancias familiares, y ello se traducirá en la valoración que habrá de otorgarse a la factibilidad de la implementación de un régimen de custodia compartida o monoparental en interés del menor.

El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos. Así pues, en situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción del *bonus filii*, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio.

-Pág.327. En las Conclusiones II el texto transcrito: La guarda como deber inherente a la patria potestad va a abordar al ámbito personal e inmediato del menor, esto es, las relaciones cotidianas y habituales fruto de la convivencia. A diferencia de ello, el ejercicio de la patria potestad contempla la responsabilidad integral del menor y va a implicar la realización material de las funciones específicas que entrañan las relaciones paterno-filiales.

Debe redactarse del siguiente modo: La guarda como deber inherente a la patria potestad puede circunscribirse al ámbito personal e inmediato del menor, esto es, las relaciones cotidianas que brotan como fruto de la necesaria convivencia familiar. Frente a ello, el ejercicio de la patria potestad abarca la responsabilidad integral del menor con todas las implicaciones que entrañan las relaciones paterno- filiales y las consiguientes funciones que aquella va a conllevar ineludiblemente en orden a la satisfacción de las necesidades vitales del menor.

-Pág. 327. En las Conclusiones III el texto transcrito: La modalidad de custodia compartida es una figura jurídica susceptible de ser aplicada en situaciones de crisis familiares, en la que los progenitores realizan las funciones inherentes a la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, y en igualdad de derechos y obligaciones, en aras de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los menores. En este sentido, consideramos más adecuada la terminología de “custodia alterna o alternativa” toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal.

Debe ampliarse del siguiente modo: La modalidad de custodia compartida es una figura jurídica susceptible de ser aplicada en situaciones de crisis familiares, atendiendo siempre a las particulares circunstancias de la situación familiar. En esta coyuntura, incumbe a los progenitores el desempeño y la realización de todas las funciones inherentes a la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, y pero manteniendo incólume el principio de igualdad de derechos y obligaciones, en aras de satisfacer las necesidades materiales, emocionales, y de toda índole de los menores implicados en dicha situación de ruptura familiar. En este sentido, consideramos más adecuada la terminología de “custodia alterna o alternativa” toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal.

-Pág. 328. En las Conclusiones V el texto transcrito: Considerando la heterogeneidad las situaciones de crisis familiares, sería conveniente la existencia de una regulación dual y flexible de modalidades de custodia, en aras de poder implementar la modalidad de custodia que mejor se adecue al interés superior del menor. Para ello sería recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida no ostenten ninguna preferencia en la norma sustantiva, ni se vean coartadas por condicionante alguno que obstaculice su aplicación.

Debe rectificarse del siguiente modo: Considerando la complejidad y diversidad de las situaciones de crisis familiares, sería conveniente la introducción mediante la modificación de nuestro ordenamiento jurídico de una regulación dual y flexible de modalidades de custodia, en aras de poder implementar la modalidad de custodia que mejor se adecue al interés superior del menor. Para ello sería recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida no ostenten ninguna preferencia en la norma sustantiva, ni se vean coartadas por condicionante alguno que obstaculice su aplicación.

-Pág. 328. En las Conclusiones VI el texto transcrito: La regulación actual del régimen de custodia compartida en el derecho sustantivo no ha colmado las expectativas de los diferentes colectivos sociales, toda vez que demuestra que las mutaciones que acontecen en la sociedad no pueden quedar ajenas al poder legislativo, ni al judicial.

El legislador no realizó una correcta valoración de la figura de la custodia compartida, no pudiéndose discernir con claridad, si la voluntad del legislador fue la de hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel. A nuestro juicio, es necesaria una reforma sustancial del artículo 92 del Código civil coherente con la realidad familiar y social actual.

Debe rectificarse del siguiente modo: La regulación actual del régimen de custodia compartida en el derecho sustantivo ha resultado de todo punto insuficiente para satisfacer las demandas sociales que han traído consigo el surgimiento de nuevos modelos familiares. Ello viene a constatar de manera evidente que las transformaciones sociales no pueden producirse de espaldas y ajenas a las fuerzas Legislativas, Judiciales y a la realidad social del momento histórico en que deben ser aplicadas.

El legislador no realizó una correcta valoración de la figura de la custodia compartida, no pudiéndose discernir con claridad, si la voluntad del legislador fue la de hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel. A nuestro juicio, es necesaria una reforma sustancial del artículo 92 del Código civil coherente con la realidad familiar y social actual.

-Pág. 331. En las Conclusiones VIII el texto transcrito: El principio de interés superior del menor, esto es, su bienestar intrínseco, se constituye en el centro de gravedad en cuanto criterio de atribución de un determinado régimen de guarda y custodia. Si bien, ello resulta extremadamente complejo, si previamente no establecemos los parámetros entre los cuales habrá de encuadrarse el favor filii. A nuestro juicio, el principio del interés superior del niño puede definirse como toda circunstancia o actuación personal, profesional o institucional que sitúe al menor en un contexto de estabilidad emocional, familiar y material en relación con su propia realidad circundante.

Debe ampliarse del siguiente modo: Al abordar el estudio de la custodia compartida no podemos, so pena de naufragar en este cometido, no comenzar por desbrozar el concepto sobre el que va a pivotar la polémica en torno al régimen de custodia compartida, que no es otro que el principio del interés superior del menor del que aparece impregnado nuestro Ordenamiento Jurídico. El principio de interés superior del menor, esto es, su bienestar intrínseco, se erige en

el epicentro sobre el que van a pivotar los parámetros imprescindibles que permitirán servirnos como criterio de atribución de un determinado régimen de guarda y custodia. Si bien, ello resulta extremadamente complejo, si previamente no establecemos los parámetros entre los cuales habrá de encuadrarse el favor filii. A nuestro juicio, el principio del interés superior del niño puede definirse como toda circunstancia o actuación personal, profesional o institucional que sitúe al menor en un contexto de estabilidad emocional, familiar y material en relación con su propia realidad circundante.

La técnicas de determinación del interés del menor van a constituir una valiosa e importante herramienta a la hora de determinar la implementación de un determinado régimen de custodia, habida cuenta de que una previa valoración casuística de las circunstancias concurrentes nos permitirá la imprescindible apreciación axiológica de todas las particulares circunstancias que comprenda la crisis familiar y nos proporcionará las herramientas adecuadas para la elección del modelo de custodia que mejor se adecue al interés superior del menor.

Pág. 332. En las Conclusiones X el texto transcrito: La participación activa del menor en la determinación de su propio interés, siempre y cuando sus deseos coincidan con su mayor beneficio, se debe constituir en un parámetro importante al tiempo de acordar un determinado régimen de custodia.

Postura esta, que parece venir refrendada por las últimas reformas legislativas: la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Debe ampliarse del siguiente modo: La participación activa del menor en la determinación de su propio interés, se nos revela como un parámetro importante al tiempo de acordar un determinado régimen de custodia. Debiendo ser conscientes de que frente a los deseos del menor habremos de priorizar siempre y en todo momento el beneficio del mismo.

Postura esta, que parece venir refrendada por las últimas reformas legislativas: la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

- Pág. 333. Debe insertarse en la bibliografía: BAINHAIM A. *“The International Survey of Family Law”*, 2002 Edition.

-Pág. 336 Debe insertarse en la bibliografía: CLAVIJO SUNTURA J. H. *“El interés del menor en la custodia compartida”* Edit. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, 2009.

- Pág. 338. Debe insertarse en la bibliografía: ECHEVARRIA GUEVARA K.L. *“La guarda y custodia compartida de los hijos”* Edit. Universidad de Granada, 2011.

- Pág. 340. Debe insertarse en la bibliografía: GODOY MORENO, A., *“La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa”*, en Diez años de abogados de familia 1993-2002, obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia Edit. La Ley, Madrid, 2003.

- Pág.349. En la bibliografía: PÉREZ- SALAZAR RESANO M. *“La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar.”* En TAPIA PARREÑO J. J. (Dir.) *“Custodia compartida y protección de menores.”* Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

Debe ampliarse del siguiente modo: PÉREZ- SALAZAR RESANO M. *“La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar.”* En TAPIA PARREÑO J. J.

(Dir.) "Custodia compartida y protección de menores." Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

"Patria Potestad", en GONZÁLEZ 321 POVEDA, P. y GONZÁLVEZ VICENTE, P. (Coords.), Tratado Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales, Edit. Sepín, Madrid, 2005.

INDICE GENERAL

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
ABSTRACT.....	16

CAPITULO I

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES

1. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES.....	22
1.1 Mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad	
1.2 Atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores	
1.3 Distribución parcial o total del ejercicio de las funciones de la patria potestad entre ambos progenitores	
2. GUARDA Y CUSTODIA.....	37
2.1 Noción de guarda en sentido amplio y en sentido restringido	
2.2 Conflicto terminológico de la noción de guarda y custodia	
2.3 Ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia	
3. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA.....	44
3.1 Guarda y custodia exclusiva o unilateral	
3.2 Guarda y custodia distributiva	
3.3 Guarda y custodia compartida o alterna	

CAPITULO II

CUSTODIA COMPARTIDA

1. CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNADA.....	49
2. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA VERSUS LA GUARDA Y CUSTODIA MONOPARENTAL.....	52
3. CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/ 2005.....	65
3.1 Custodia compartida acordada en convenio regulador	
3.2 Custodia compartida solicitada a petición de parte aunque no de den los presupuestos del apartado 5 del art. 92 CC	

3.3 Privación de la guarda y custodia compartida a uno o a ambos progenitores	
3.4 Carácter excepcional de la guarda y custodia compartida	
3.5 Responsabilidad parental	
4. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA CORRESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.....	91
5. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA...	101
5.1 Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia	
5.2 Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres	
5.3 Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven	
5.4 Ley 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de la Comunidad Foral de Navarra	
6. DERECHO COMPARADO.....	113
6.1 Estados Unidos de Norte América	
5.1.1 Estado de Main	
5.1.2 Estado de California	
5.1.3 Estado de Louisiana	
5.1.4 Estado de Aiowa	
5.1.5 Estado de Oklahoma	
5.1.6 Estado de Kansas	
5.1.7 Estado de Idaho	
5.1.8 Estado de Illinois	
5.1.9 Estado de Missouri	
5.1.10 Estado de Alaska	
5.1.11 Estado de Pensilvania	
5.1.12 Estado de Nevada	
5.1.13 Estado de Montana	
5.1.14 Estado de Mississippi	
5.1.15 Estado de Florida	
5.1.16 Estado de Wisconsin	
5.1.17 Estado de Texas	
5.1.18 Estado de Alabama	
5.1.19 Estado de Michigan	
5.2 Francia	
5.3 Gran Bretaña	
5.4 Italia	

5.5 Alemania

CAPITULO III

MODALIDADES Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

1. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	150
1.2 Guarda y custodia compartida simultánea	
1.3 Guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de residencia	
1.4 Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia	
2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA.....	157
2.1 El interés del menor	
2.2 Buenas relaciones entre los progenitores y su capacidad para preservar a la otra figura parental	
2.3 Vinculación afectiva de los menores	
2.4 Edad de los hijos	
2.5 Organización familiar previa y posterior a la ruptura conyugal	
2.6 No separación de los hermanos	
2.7 Audiencia de los menores	
2.8 Ubicación geográfica de los domicilios de los progenitores	
3. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA...	187

CAPITULO IV

EL INTERÉS DEL MENOR

1. LA NOCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR.....	204
2. EL INTERÉS DEL MENOR EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS.....	209
3. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.....	215
4. CONCEPCIÓN DOSTRINAL DEL INTERÉS DEL MENOR.....	219
4.1 Técnicas de determinación del interés del menor	
4.1.1 Técnica de la cláusula general	
4.1.2 Técnica de determinación del interés del menor por medio de la casuística	
4.1.3 Técnica de concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos	
4.1.4 Los métodos de John Eekelaar	
4.1.5 La Técnica de la tópica jurídica de Wiehweg	
5. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.....	230

6. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CRITERIO DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE GUARDA Y CUSTODIA.....	247
--	-----

CAPITULO V

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	252
1.1 Conflictividad extrema entre los progenitores	
1.2 Traslado de domicilio del progenitor custodio	
1.3 Convivencia del progenitor custodio con una tercera persona	
2. CUSTODIA COMPARTIDA Y MEDIACIÓN FAMILIAR.....	265

CAPITULO VI

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.....	273
2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	283
3. CUSTODIA COMPARTIDA Y PENSIÓN.....	296

CAPITULO VII

EL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SU PROGENITOR DURANTE LOS PERÍODOS DE TIEMPO EN QUE NO SE OSTENTE LA CUSTODIA DEL MENOR

1. DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO, Y CON OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS DURANTE LOS PERÍODOS DE TIEMPO EN QUE NO SE HALLE BAJO SU CUSTODIA.....	307
2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DE VISITA.....	330

CONCLUSIONES.....	333
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	339
-------------------	-----

PÁGINAS WEB CONSULTADAS.....	361
------------------------------	-----

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.....	363
--------------------------------------	-----

ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código civil español

CE: Constitución Española

CDFA: Código de derecho foral de Aragón

CDN: Convención de los derechos del niño

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

Coord.: Coordinador

CP: Código Penal

Edit. : Editorial

IVADP: Instituto vasco de derecho procesal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LJV: Ley de la Jurisdicción Voluntaria

LO: Ley Orgánica

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LRC: Ley del Registro Civil

Núm.: Número

Op. Cit.: Obra citada

RC: Registro civil

RGC: Reglamento General del Registro Civil

RP: Registro de la propiedad

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

STSJCA: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

Vid.: Ver entre otros

Vol.: Volumen

VVAA: Varios autores

*La segunda columna se refiere al nombre o cita completa de la abreviatura.

INTRODUCCIÓN

I

Todo estudio que se precie, debe ordenar los pasos a seguir, con la delimitación del objeto de la investigación, el contexto de tema e interrogantes principales que se abordarán y las soluciones propuestas a los mismos. La Real Academia de la Lengua Española define tesis ¹ como la << conclusión o proposición que se mantiene con razonamientos. >> Su concepto evoca, por tanto, a la enunciación de una proposición científica, un axioma o un hecho demostrable. En el presente trabajo realizaremos un estudio acerca del régimen de custodia compartida o alterna, conceptuando la noción de guarda y custodia en aras de determinar cuáles son los derechos y deberes que dicho régimen conlleva para el titular o titulares de la misma, a fin de que ambos progenitores puedan asumir para con su descendencia la posición de garantes de dicho menor o menores cuando los mismos se hallen en su compañía. Corresponde a los progenitores la tarea de velar por el mantenimiento de la funcionalidad de la familia en cuanto titulares de la patria potestad. Patria potestad que ejercerán como función dual en igualdad de condiciones sobre los hijos habidos en el matrimonio.

No obstante, cuando la situación familiar se torna disfuncional se plantea la dificultad de dilucidar si el ejercicio de la patria potestad ha de mantenerse a favor de ambos progenitores o si debe existir una atribución unilateral. Esto nos lleva a pensar que la patria potestad como función dual en situaciones de crisis matrimonial sufre un resquebrajamiento cuando la guarda y custodia de los hijos se atribuye a uno de los progenitores. Si bien las situaciones de crisis familiares, con los inevitables conflictos que dan lugar a la ruptura matrimonial no han de repercutir en los deberes que los progenitores tienen para con sus hijos, debiendo tratarse de evitar, en la medida de lo posible, que los menores se conviertan en instrumento de defensa o arma arrojadiza para resolver diferencias personales entre los progenitores.

¹ Real Academia de la Lengua Española

El Código civil español tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil en materia de separación y divorcio, prevé expresamente la posibilidad de implementar la custodia compartida en situaciones de crisis familiares. Custodia compartida que tendría por finalidad lograr un reparto equitativo e igualitario en los derechos y deberes de los progenitores para con los hijos e hijas, así como el reparto de espacios y tiempos equitativos e igualitarios de ambos progenitores para con los hijos tras la ruptura de la pareja. No obstante, no existía un criterio uniforme sobre la utilidad e implementación de la custodia compartida en situaciones de crisis matrimoniales. Si bien, es cierto, que con anterioridad a la reforma el Código sustantivo no excluía la aplicación de la custodia compartida por determinación judicial o por acuerdo de los progenitores.

Tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, todavía se mantiene la disparidad de criterios, predicándose únicamente la uniformidad de criterio sobre su aplicación cuando los progenitores prestan su consentimiento mediante convenio regulador sobre dicha figura jurídica, o durante el transcurso del desarrollo del proceso contencioso. El régimen de custodia compartida, a nuestro juicio no pretende favorecer a uno u otro progenitor, sino situar a ambos en una posición equitativa frente a la ruptura convivencial, y fundamentalmente, precautelar el interés del menor en el marco de las relaciones paterno- filiales. En este contexto, cabe preguntarse si la regulación expresa de la custodia compartida en el articulado del Código civil propiciará que los problemas suscitados por la custodia monoparental disminuyan, o si por el contrario las trabas jurídicas que plantea el artículo 92 del Código civil convertirán su ejecución práctica en una tarea arduo compleja. Analizándose, a este respecto, si resulta o no viable el régimen de custodia compartida cuando no existe acuerdo entre los progenitores, entendido este acuerdo como la posibilidad de cooperación en virtud de la cual ambos progenitores coadyuvan al cuidado y atención del menor satisfaciendo a un tiempo sus roles paterno y materno. Así pues, pretendemos constatar que la custodia compartida no es una figura jurídica que se sitúa en contra de la custodia monoparental, sino que es una alternativa tan plausible y compatible como aquella. Una figura jurídica, la de la custodia compartida, que permita hacer posible la efectiva coparentalidad como instrumento que promueva la

concreción del favor filii. Pero para ello es preciso un cambio de mentalidad que pasa por dejar de identificar el régimen de custodia monoparental con la figura femenina, y el régimen de custodia compartida con la masculina, a fin de reequilibrar la conceptualización de ambos progenitores en el marco de las relaciones paterno-filiales, analizándose, por tanto, la implementación del régimen de custodia compartida desde la óptica del principio de igualdad que ha de regir entre ambos. Principio de igualdad constitucional que debe ser concebido en su más amplia dimensión, dejando a un lado patrones tradicionales, en aras a adoptar entre los progenitores una relación más paritaria y simétrica que, a nuestro juicio protege de forma más eficaz el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con cualquiera de ellos. Se erige así el principio del favor filii como principal criterio de atribución de la custodia compartida, resultando, a estos efectos, imprescindible conocer cómo y quienes han de participar en su concreción.

Así, si bien es cierto que la legislación vigente fruto de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, considera la custodia compartida como una alternativa viable desde el punto de vista jurídico, hemos de criticar la timidez legislativa a la hora de abordar las reformas, hallándonos, a la postre, con una regulación expresa en el derecho sustantivo insuficiente, aspecto éste percibido por todos los actores sociales, progenitores, Jueces, Fiscales y la sociedad civil en su conjunto. Por ello, sería deseable que el legislador con anterioridad a la instauración de la figura jurídica de la custodia compartida hubiera concertado criterios uniformes con diversas instituciones de la sociedad civil, a fin de dotar a dicha figura de un mayor grado de aceptación, así como de una mejor valoración de las ventajas que implicaría esa nueva regulación.

II

La estructura de la presente investigación se encuentra orientada a realizar un análisis del interés del menor en la custodia compartida a partir de la interpretación que nos brinda el artículo 92 del Código civil, modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

Corresponde el calificativo de Doctor o Doctora, a la << persona que ha recibido el último y preeminente grado académico que confiere una universidad u otro establecimiento autorizado para ello. >>

En el marco de la tesis doctoral, el mundo universitario ofrece múltiples definiciones pero todas conducentes a la idea de un trabajo de investigación en el que el doctorando analiza, propone y demuestra un tema o conocimientos originales, que fundamenta en una investigación y comprobación de resultados que siguen el rigor científico, y cuyas conclusiones enriquecen y aportan nuevos conocimientos a una disciplina del saber². No obstante, más allá de los conceptos teóricos, la legislación universitaria estructura el Doctorado como el tercer ciclo, o el nivel más elevado de las enseñanzas universitarias, que conducen a la obtención del título de Doctor o Doctora, con la finalidad de la especialización del estudiante en su formación investigadora dentro de un ámbito del conocimiento científico, técnico, humanístico o artístico, mediante la elaboración, presentación y aprobación de un trabajo original de investigación.³ De otro lado, la normativa específica de las enseñanzas oficiales de doctorado, regulada por el Real Decreto 99/ 2011, de 28 de enero, no define el concepto de tesis doctoral, si bien en su artículo 13.1 ofrecen los elementos necesarios que configuran una tesis doctoral: <<La tesis doctoral consistirá en un trabajo original de investigación elaborado por el candidato en cualquier campo del conocimiento. La tesis doctoral debe capacitar al doctorando para el trabajo autónomo en el ámbito I+D+i.⁴>> En base a todo lo anterior, podemos reseñar las notas características que habrán de guiar nuestra tesis doctoral:

1. Trabajo original de investigación, que ha de ser novedoso y personal del doctorando. En nuestro caso, la metodología utilizada prepondera la interpretación y el análisis jurídico, estructurando el trabajo en siete capítulos que profundizarán en el análisis, estudio y confrontación de modelo de guarda y custodia compartida vigente en nuestro Ordenamiento jurídico.

² MUÑOZ RAZO, C.:” *Cómo elaborar y asesorar una investigación de Tesis.*” Edit. Pearson, Méjico, 2011. 2ª Edición. Página 5.

³ Artículos 37 y 38 de la LO 6/ 2001, 21 de diciembre, de Universidades, parcialmente modificada por la LO 4/ 2007, 12 de abril (LOU)

⁴ Investigación, desarrollo e innovación.

En el Primer Capítulo comenzaremos con la exploración del contenido del ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis familiares y las alternativas que brinda su ejercicio; Con posterioridad nos adentraremos en la figura jurídica de la guarda y custodia, analizaremos el conflicto terminológico que suscitan estos vocablos, y su relación con el ejercicio de la patria potestad, para concluir con una breve referencia a las modalidades de guarda y custodia. Dedicaremos el Segundo Capítulo al análisis de la custodia compartida, sus antecedentes y su relación con otras figuras jurídicas, así como su regulación en la Ley 15/ 2005, de 8 de julio; abordando, así mismo, las novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, en concreto, analizaremos el nuevo artículo 92 bis CC, analizaremos también las últimas reformas legislativas que en esta materia han realizado las Comunidades Autónomas de Aragón, Valencia, Navarra y Cataluña. También profundizaremos en el origen de este modelo de custodia, así como en la legislación existente dada al régimen de guarda y custodia en otros países tales como E.E.U.U, Francia, Alemania, Italia e Inglaterra en cuanto puedan servirnos para suplir las lagunas jurídicas de las que pueda adolecer nuestro Ordenamiento Jurídico.

En el Tercer Capítulo analizaremos las modalidades de la custodia compartida según el lugar donde se ejerza la alternancia y según el reparto del tiempo; estudiaremos, así mismo, los diferentes criterios que deben ser atendidos para su implementación, así como los inconvenientes, ventajas y contradicciones de esta modalidad de custodia.

En el Cuarto Capítulo abordaremos el interés del menor, analizando su contenido en la legislación a partir de la protección del menor, tanto en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, como la protección concedida en el marco de nuestro Ordenamiento jurídico, así como los criterios utilizados por los Tribunales de justicia en cuanto instrumentos de referencia que permiten apreciar la importancia de la materia en cuestión; Abordaremos en la segunda parte del Capítulo, el interés del menor como principal criterio de atribución de la custodia compartida en situaciones de crisis matrimonial.

En el Quinto Capítulo abordaremos la modificación de las medidas adoptadas en la atribución del régimen de custodia compartida como consecuencia de circunstancias sobrevenidas, bien por traslado del domicilio familiar, conflictividad extrema entre los progenitores, o convivencia del progenitor con una tercera persona; También estudiaremos la figura de la mediación familiar y su relación con la custodia compartida, en lo concerniente al acuerdo de los progenitores en torno a este sistema de custodia.

En el Capítulo Sexto y en el Capítulo Séptimo abordaremos respectivamente, los aspectos materiales y personales de aquellos elementos más perturbadores en los supuestos de atribución de la guarda y custodia de los menores tras la ruptura de la pareja como son, la atribución del uso la vivienda familiar, la pensión alimenticia y el régimen de comunicación y estancias de los menores con el progenitor que en dichos periodos no ostente la custodia de los hijos menores.

2. Habida cuenta de lo anterior, nuestra investigación incorporará la exposición de un planteamiento y delimitación del problema objeto de investigación, que en nuestro caso concreto planteará la controversia existente entre los distintos modelos de guarda y custodia vigentes en nuestro derecho y la delimitación de los parámetros para su atribución; desarrollando el marco teórico en el que nos moveremos y abordando el concepto de responsabilidad parental como eje del sistema de atribución de la guarda y custodia compartida; formulando una hipótesis mediante la confrontación conceptual entre el sistema de guarda y custodia exclusiva frente al régimen de guarda y custodia compartida mediante la demostración y argumentación de los distintos planteamiento teóricos acerca de los sistemas de guarda y custodia, fundamentado jurídicamente los beneficios y perjuicios de cada uno de ellos, y apoyando la argumentación doctrinal con el nutrido repertorio de Jurisprudencia existente en materia de guarda y custodia; y finalmente, analizaremos los resultados obtenidos en nuestra investigación, llegando a unas conclusiones finales amparadas en el rigor científico acerca de la valoración que a nuestro juicio merece el sistema de custodia compartida o alternada.

3. Finalmente procederemos a la defensa pública de la tesis doctoral ante la comunidad científica, y concretamente ante un grupo colegiado de doctores especialistas en el área de conocimiento, quienes analizarán la presentación del problema, método de investigación y conclusiones y, con fundamento en la réplica que hagan de la sustentación, nos evaluarán para decidir si nos otorgan o no el título de doctor. Defensa que, en nuestro caso, se realizará ante los miembros del Tribunal pertenecientes al Departamento de Derecho civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

La superación con éxito de la presentación y defensa pública de la tesis doctoral ante un Tribunal cualificado de doctores, dará lugar al reconocimiento de la plena capacidad investigadora y por tanto, de la cualidad de “investigador o investigadora experimentada”, según la calificación recogida en la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 2005 relativa a la Carta Europea del Investigador y el Código de conducta para la contratación de Investigadores. Representa, por tanto, la obtención del calificativo de doctor o doctora, la culminación de los estudios universitarios. En definitiva, la realización de una tesis doctoral debe aunar dos elementos esenciales: el aprendizaje y la investigación.

ABSTRACT

I

Any study that price, should order the steps, with the delimitation of the research object, the context of theme and key questions to be addressed and proposed solutions to them. The Royal Academy of the Spanish Language defines as << conclusion thesis or proposition that is maintained with reasoning. >> His concept evokes therefore the enunciation of a scientific proposition, an axiom or a demonstrable fact. In this paper we carry out a study on the regime of shared or alternating custody, conceptualizing the notion of custody in order to determine the rights and duties that the scheme entails for the holder or holders of the same are, so that both parents can take their offspring to the position of guarantors of the child or children when they are in their company. Thus it corresponds to the parents the task of ensuring the maintenance of family functioning as holders of parental authority. Parental authority to exercise dual function as equal on the children born in wedlock. However, when dysfunctional family situation becomes difficult to determine whether the exercise of parental authority must be maintained for both parents or whether there is a unilateral attribution arises. This leads us to believe that custody as dual function in situations of marital crisis suffered a breakdown when the custody of the children is attributed to one parent. While the situations of family crisis, with the inevitable conflicts that lead to marital breakdown must not affect the obligations that parents have for their children , must be taken to avoid , insofar as possible, that minors become an instrument of defense or thrown to resolve personal differences between parents weapon.

The Spanish Civil Code after the promulgation of the Law 15/2005, of 8 July, amending the Civil Code regarding separation and divorce, expressly provides for the possibility of implementing joint custody in cases of family crisis. Joint custody that would aim the equitable and equal distribution rights and duties of parents towards the children, and the allocation of space and equitable and egalitarian times both parents to the children following the breakdown of couple. However, there was no uniform on the usefulness and implementation of joint custody in a marital crisis criterion. While it is true that

prior to the reform the substantive Code does not preclude the application of joint custody by court order or by agreement of the parents.

Following the enactment of Law 15/2005, of July 8, the difference of opinion is still maintained, being preached only the uniformity of opinion on the application when parents give their consent by regulatory agreement on the legal form, or during the course contentious process development. The regime of joint custody, in our view not intended to favor either parent, but put them both in a fair position on the convivial break, and fundamentally the interests of the child protectively under the paternal relationship subsidiaries. In this context, one wonders whether the express regulation of joint custody in the articles of the civil code will lead to problems arising from the decrease sole custody, or if instead the legal obstacles posed by Article 92 of the Civil Code make your execution practice in a complex arduous task. Analyzed in this respect, whether or not it is feasible under shared custody when there is no agreement between the parents understood this agreement and the possibility of cooperation under which both parents contribute to the care of the child at the same time satisfying his paternal and maternal roles. Thus, we intend to prove that joint custody is not a legal concept that lies against the sole custody, but it is such a plausible and consistent as one alternative. A legal concept of joint custody, which allows to ensure the effective co-parenting as a tool to promote the realization of filii please. But this requires a change of mentality that passes through stop identifying regime sole custody with the female figure, and the regime of joint custody with the male, in order to rebalance the conceptualization of women vs. man in the context of parent-child relationships, analyzing, therefore, the implementation of shared custody arrangements from the perspective of the principle of equality that must prevail among both parents. Constitutional principle of equality that must be conceived in its widest dimension , leaving aside traditional patterns , in order to take between parents a more equal and symmetrical relationship that , in our opinion more effectively protect the child's interest that any type of privileged relationship with any of them. The principle of favor filii thus stands as the main criterion for awarding joint custody , resulting , for these purposes , essential to know how and those who will participate in its realization .

So if it is true that the legislation fruit of the reform operated by Law 15/2005, of July 8 consider joint custody as a viable alternative from a legal point of view, we should criticize the legislative timidity tackling reforms, finding ourselves in the end with an explicit provision in the insufficient substantive law, an aspect perceived by all stakeholders, parents, judges, prosecutors and civil society as a whole. It would therefore be desirable that the legislature prior to the establishment of the legal concept of joint custody have entered uniform criteria with various institutions of civil society, in order to provide said figure greater acceptance, as well as a better assessment of the advantages that imply that new regulation.

II

The structure of this research is oriented to analyze the interests of children in joint custody from the interpretation that gives us the Article 92 of the Civil Code, as amended by Law 15/2005 of 8 July.

It corresponds to the label of doctor, the << person who has received the last and preeminent academic degree conferred by a university or other establishment authorized to do so. As part of the doctoral thesis , academia offers multiple definitions but all leading to the idea of a research project in which the doctoral analyzes , proposes and demonstrates a theme or original knowledge , that based on research and testing results following the scientific rigor , and whose findings enrich and contribute new knowledge to a discipline of knowledge.

However, beyond the theoretical concepts, the university legislation Doctorate structure as the third cycle, the highest level of university studies, leading to obtaining the title of doctor, with the aim of specialization students in their research training in a field of scientific, technical, humanistic or artistic knowledge through the development, submission and approval of an original research work. On the other hand, the specific rules of the official doctoral, regulated by Royal Decree 99/2011 of 28 January, does not define the concept of doctoral thesis, although Article 13.1 provide the necessary elements that make up a thesis PhD: << The dissertation will consist of an original research work developed by the candidate in any field of

knowledge. The dissertation must train for self-doctoral work in the field I + D + i. >>

Based on the above, we can review the aspects that will guide our doctoral thesis:

1. Original research, which must be new and doctoral staff. In our case, the methodology used and the interpretation prevails legal analysis, structuring the work into seven chapters delve into the analysis, study and comparison of model of shared custody in force in our legal system.

In the first chapter we will start with the exploration of the content of the exercise of parental authority in situations of family crisis and the alternatives offered their exercise; Later we enter the legal concept of custody, discuss terminology conflict generated by these words, and his connection with the exercise of parental authority, concluding with a brief reference to the arrangements for custody.

We will devote the second chapter to the analysis of joint custody , their background and their relationship with other legal and regulation in the Law 15/2005 , of July 8 ; addressing , likewise, the innovations introduced by the Draft Law on the exercise of parental responsibility in case of annulment, separation and divorce, in particular, analyze the new Article 92 bis CC , also we discuss the latest legislative reforms in this area there have been various autonomous regions of Aragon , Valencia and Catalan . We also delve into the origin of this model of custody as well as in existing legislation given the regime of custody in other countries such as USA, France, Germany, Italy and England as soon as they can serve to fill the legal gaps that can suffer our legal system.

In the third chapter we discuss the modalities of joint custody based on where the alternation is exercised and by the sharing of time; study, also, the different criteria that must be addressed for implementation and cons, advantages and contradictions of this form of custody.

In the fourth chapter will address the child's interest , analyzing the content of the legislation from the protection of children , both under the international law of human rights , the protection granted under our legal system , as well as the criteria used by the courts as reference tools that allow us to appreciate the importance of the subject

matter; We examine in the second part of the Chapter, the child's interest as the main criterion for awarding joint custody in cases of marital crisis.

In the fifth chapter we will address the modification of measures taken in the award of joint custody regime due to supervening circumstances, either by transfer of the family home, extreme conflict between the parents, or episodes of domestic violence; We will also study the figure of family mediation and its relation to joint custody, with regard to the agreement of the parents on this storage system.

In Chapter Six and Chapter Seven we will discuss respectively the material and personal aspects of those most disturbing elements in the cases of award of custody of children following the breakdown of the couple as they are, use the attribution of housing family, and the system of communication and children stay with the parent who does not hold such periods in the custody of minor children.

2. In view of the above, our research will incorporate the exposure of an approach and definition of the problem under investigation, which in our case will raise the controversy between models of custody existing in our law and the definition of the parameters for allocation; developing the theoretical framework within which we move and tackling the concept of parental responsibility at the heart of the system for allocating shared custody; I formulated a hypothesis by conceptual confrontation between the system of sole custody against the regime of shared custody by demonstration and argumentation of different theoretical approach about systems of custody, based legally the pros and cons of each one of them, and supporting the doctrinal argument with plentiful repertoire of existing case law on custody; and finally, we analyze the results of our investigation, reaching final conclusions covered in the scientific rigor about the valuation that we believe deserves the system of shared or alternating custody.

3. Finally proceed to the public defense of the doctoral thesis to the scientific community, and specifically to a collegial group of doctors specialists in the area of knowledge, who will discuss the presentation of the problem, research methods and conclusions and, based on the replica made of the support, we will evaluate to decide whether or not we give the title of doctor. Defense in our case will be held before the

members of the Court from the Department of Civil Law at the Faculty of Law of the Complutense University of Madrid.

The satisfactory completion of the presentation and public defense of the thesis before a competent court of doctors, give rise to recognition of the full research capacity and therefore the quality of " experienced investigator or researcher," as rated pickup Recommendation of the Commission of the European Communities of 11 March 2005 on the European Charter for Researchers and the Code of conduct for the Recruitment of Researchers. It represents thus obtaining the qualification of doctor, the completion of university studies. Ultimately, the completion of a doctoral thesis must combine two essential elements: learning and research.

CAPITULO I

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES

1. EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIALES

Pese a que el término “responsabilidad parental”⁵, a nuestro juicio, da una idea más precisa del conjunto de derechos y obligaciones que en cuanto función dotada de un contenido social debe ser realizado en interés de los hijos, en aras al cumplimiento de

⁵ La Ley 26/2015, de 28 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE N° 180, 29 de julio de 2015) modifica el artículo 154 CC incluyendo expresamente el término “responsabilidad parental.”

La LO 8/2015, de 22 de julio de 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE N° 175, 23 de julio de 2015) modifica las siguientes leyes:

- LO 1/1996, 15 de enero de Protección Jurídica del Menor:
- Se modifica la rúbrica del capítulo I del título I, que queda redactada “Capítulo I- Ámbito e interés superior del menor”
- Se modifica el artículo 2. Interés superior del menor
- Se modifica el artículo 3. Referencia a Instrumentos Internacionales
- Se modifica el artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado
- Se modifica el párrafo c) (“Plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o ante las instituciones autonómicas homólogas...”) y se introduce un nuevo párrafo e) (“Solicitar asistencia legal y el nombramiento de un defensor judicial, en su caso ...”), del artículo 10.
- Se introduce un nuevo Capítulo IV (Centros de protección específicos de menores con problemas de conducta), en el título II, comprensivo de los artículos 25. Acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta; 26. Ingreso en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta; 27. Medidas de seguridad; 28. Medidas de contención; 29. Aislamiento del menor; 30. Registros personales y materiales; 31. Régimen disciplinario; 32. Supervisión y control; 33. Administración de medicamentos; 34. Régimen de visitas y permisos de salida y 35. Régimen de comunicaciones del menor.
- Se modifica la disposición final vigésima tercera (“Tienen carácter de ley ordinaria los artículos ...”)
- Ley 1/2000, 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil:
- Se introduce un nuevo artículo 778 bis. Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.
- Se introduce un artículo 778 ter. Entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de las medidas de protección de menores
- LO 6/1985, 1 de julio, del Poder Judicial
- LO 4/2000, 1 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España
- LO 1/2004, 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género:
- Se modifica el apartado 2 del artículo 1 (“Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y ...”)
- Se modifica el apartado 2 del artículo 61 (“En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse ...”)
- Se modifica el artículo 65. De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.
- Se modifica el artículo 66. De la medida de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores.

las funciones de cuidado, atención y educación que deben serles dispensadas por sus progenitores. Lo cierto es que nuestro CC sigue utilizando en la mayoría de su articulado el término de “patria potestad”.⁶ Patria potestad que debe ser considerada como un Derecho subjetivo, constituido por un conjunto de derechos-deberes que tienen por finalidad la protección del menor tanto en el ámbito personal como en el patrimonial.⁷

Doctrinalmente se ha definido la patria potestad como “el conjunto de derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos, con el fin de procurarles las tenciones necesarias en orden a su asistencia y formación, un derecho que se concede para el cumplimiento de una serie determinada de deberes que pueden englobarse en dos: asistencia y formación integral, en todos los aspectos de la vida.”⁸

⁶ PINTO ANDRADE C. “*La custodia compartida.*” Edit. Bosch, Barcelona, 2009. 2ª Edición. Página 35. << El término patria potestad no parece el más adecuado para una sociedad inserta en el mundo occidental del siglo XXI, puesto que parece asociado y evoca la idea de poder y pertenencia al pater familias, siendo aconsejable denominar a la institución como: responsabilidad parental. >>

⁷ CASTAN VÁZQUEZ J.M. “*La patria potestad*” Edit. *Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.* Páginas 8 y 9. << La patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole. >>

ALBALADEJO M. “*Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia.*” Edit. Bosch, Madrid, 2013. Página 267. << La patria potestad se encuentra configurada como un derecho- deber. >>

LA CRUZ BERDEJO J. L. “*Elementos de Derecho Civil IV. Familia.*” Edit. Dykinson, Madrid, 2002. Página 409. << Configura la patria potestad como un officium y no como un derecho subjetivo. >>

⁸ MORÁN GONZÁLEZ M. I. “*El Ministerio Fiscal y los Sistemas de Guarda y Custodia: Especial Referencia a la Custodia Compartida y Criterios de Atribución en Beneficio del Menor.*” En TAPIA PARREÑO J. J. (Dir.) “*Custodia compartida y Protección de Menores.*” Cuadernos de Derecho Judicial II- 2009. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009. Página 77.

Así también ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “*Disponibilidad del Objeto en los Procesos Familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.*” En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. / ABRIL CAMPOY J. / BOIX REIG J. Y OTROS. “*Temas de Actualidad en Derecho de Familia.*” Edit. Dykinson, Madrid, 2006. Página 37. << La patria potestad es la función que tienen los dos progenitores, a quienes no se les haya suspendido, de determinar libremente cuanto afecta a la vida y los bienes de los menores. >>

SAN SEGUNDO MANUEL T. “*Maltrato y Separación: Repercusiones en los hijos.*” En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) Et. Al: *Derecho en Familia.* Edit. Bosch, Barcelona, 2011. 1ª Edición. Páginas 547-548. << La patria potestad representa el conjunto de derechos y deberes de los padres respecto de sus hijos y tiene como fundamento el deber de aquellos de velar por sus hijos tanto en el orden personal como patrimonial. Además de que está integrada por el conjunto de facultades que la ley otorga a los progenitores para que puedan cumplir los deberes que tienen en orden a cuidarlos, velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Así como también comprende el deber de representarlos y administrar sus bienes. >>

En esta línea, también se ha definido como “el conjunto de facultades que la ley concede a los padres sobre sus hijos menores o, en determinados casos, incapacitados, para el cumplimiento de los deberes que la paternidad les impone.”⁹

Puntualizándose, así mismo que, “la patria potestad es la función que incumbe a los progenitores con relación a sus hijos menores de edad, con independencia de si existe matrimonio o no entre estos. La patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y tiene indudable carácter de función tutelar que se configura como institución a favor de los hijos, no en interés del titular.”¹⁰

Si bien para poder llegar al concepto de custodia es preciso distinguir la titularidad y el ejercicio de la patria potestad. A este respecto, la titularidad de la patria potestad comprendería el conjunto de derechos y deberes que ostentan ambos progenitores,¹¹ en tanto que el ejercicio de la patria potestad comprendería la facultad de actuación que asume uno de los progenitores o los dos respectivamente. Consiguientemente la titularidad de la patria potestad es un título que se concede a los progenitores per se, y que se haya íntimamente ligado al desempeño de las funciones inherentes al hecho de ostentar la autoridad parental, generándose entre los progenitores una corresponsabilidad, esto es, una relación de igualdad en todo en cuanto concierne a las facultades, deberes y responsabilidades de dicha función.¹² Frente a ello, el ejercicio de la patria potestad abarca las competencias y responsabilidades que integran el contenido de la patria potestad, en cuanto realización material de las

⁹ DEL VAS GONZÁLEZ J. M. “*Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español*.” Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. DE LA IGLESIA MONJE M. I. (Dir.) Colección Monografías, Madrid, 2009. Página 163.

¹⁰ PINTO ANDRADE C. “*La custodia compartida*.” *Op. Cit.*, Página 35.

¹¹ Con anterioridad a 1981 la titularidad de la patria potestad correspondía únicamente al padre. Si bien con la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se modificó la redacción del artículo 156 CC estableciéndose en su redacción actual: << La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro.....>> La regla general, por tanto, es la titularidad conjunta de ambos progenitores, lo que conlleva que ambos habrán de actuar de forma consensuada. Esta regla se exceptúa en los supuestos siguientes: 1. Cuando uno de los progenitores haya sido condenado a través de sentencia penal firme a causa de las relaciones a que obedezca la generación (art. 111.1 CC); 2. Cuando la filiación se haya determinado por sentencia firme contra la oposición de uno de los progenitores (art.111.2 CC); 3. Cuando uno de los progenitores haya sido privado de su potestad sobre los hijos o hijas por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (art. 170 CC) o dictada en causa criminal o matrimonial.

¹² RAGEL SÁNCHEZ L. F. “*La guarda y custodia de los hijos*.” *En Derecho privado y Constitución*, núm. 15, Madrid, 2000. Página 284. << Cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad y cotidianeidad, con recíproca transmisión de bienes, pensamientos y preocupaciones, la guarda y custodia sobre los hijos se encuentra embebida por la patria potestad dual. >>

funciones que aquella comprende.¹³ Pudiéndose afirmar que la función que entraña la patria potestad se concretará en el ejercicio de la misma, y es ésta concepción la que se desprende de los artículos 154 y 156 CC.¹⁴

Así pues, cuando los cónyuges no se hallan inmersos en una situación de crisis familiar, ambos ostentaran la titularidad de la patria potestad así como el ejercicio conjunto de la misma. En esta línea, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 29 de noviembre de 2005 (nº 780/ 2005) (rec.785/2005) definía la patria potestad como: *“Una función en la que se integran un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre las personas y bienes de los descendientes, con el fin de asegurar el cumplimiento de los deberes que a los primeros incumbe respecto al sostenimiento, educación, formación y desarrollo, en todos los órdenes, de los segundos, ya se trate de menores de edad, ya de mayores incapacitados; en definitiva, lo que prima en tal institución es la idea del beneficio o interés de los hijos, conforme subyace en el artículo 154 del Código civil.”*

¹³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA L. *“Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres.”* en ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA L. y otros. *“La conflictividad de los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción.”* Edit. Dykinson, Madrid, 2004. Páginas 102-104.

¹⁴ El artículo 154 CC (modificado por la Ley 26/2015, 28 de julio de 2015) señala que: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.
2. Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

El artículo 156 CC señala que: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrán acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.

Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio.”

Si bien, tras la ruptura conyugal la figura jurídica de la patria potestad presentará una serie de dificultades con relación al ejercicio de la misma. En primer lugar, tal y como se desprende del artículo 90 CC son los propios progenitores mediante el convenio regulador quienes podrán acordar la modalidad de ejercicio de la patria potestad que consideren más conveniente en una situación de separación o de divorcio, a saber: 1. Mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto; 2. Atribución del total ejercicio de la patria potestad a uno solo de los progenitores; 3. Distribución parcial del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores; 4. Distribución total de funciones entre ambos progenitores. Debiendo el Juez, en cuanto representante estatal, quien deberá aprobar el susodicho convenio regulador, salvo si el mismo contuviese intereses lesivos para los hijos o resultase gravemente perjudicial para uno de los cónyuges.¹⁵

No obstante, en el supuesto de que no exista consenso entre los progenitores con relación al ejercicio de la patria potestad, corresponde a la autoridad judicial dirimir la controversia delegando el cumplimiento de las funciones de la patria potestad en uno o ambos progenitores.¹⁶

1.1 Mantenimiento del sistema de ejercicio conjunto de la patria potestad

De conformidad con el contenido del último párrafo del artículo 156 CC se puede sostener el ejercicio conjunto de la patria potestad, pudiendo, por tanto, mantener los progenitores la cotitularidad y el coejercicio conjunto de la patria potestad pese a la ruptura del vínculo conyugal.¹⁷

¹⁵ Antepenúltimo párrafo del artículo 90 CC: “Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges....”

¹⁶ BOSSERTG.A. y ZANNONI E. A. “*Manual de Derecho de Familia.*” Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990, 2ª Edición. Página 425. << En caso de que reiteradamente existan desacuerdos entre los padres, el juez puede, o bien concentrar en uno de ellos el ejercicio de la patria potestad, si advierte que es el otro quien constantemente causa los desacuerdos, o distribuir las facultades entre ambos progenitores, teniendo en cuenta las características y mayores aptitudes de cada uno. >>

¹⁷ GONZÁLEZ VICENTE P. “*Procedimiento consensuado.*” En GONZÁLEZ POVEDA P. y GONZÁLEZ VICENTE P. (Coords.) “*Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales.*” Edit. Sepin, Madrid, 2005. Página 697. << Es habitual que los progenitores pacten el ejercicio conjunto de la patria potestad al considerar lo más beneficioso para los menores. >>

BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO R. “*Comentarios al Código civil.*” Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 2ª Edición.

De igual modo el artículo 92 CC (Modificado por la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, con relación a la separación, nulidad o divorcio) señala en su cuarto párrafo: *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.”*

En vistas de los cual, de la redacción de los artículos 92.4 CC y 156.5 CC se desprende que es posible establecer la titularidad y el ejercicio compartido de la patria potestad en situaciones de crisis familiares,¹⁸ bien mediante petición de uno de los progenitores en el convenio regulador, o en su defecto, será la autoridad judicial en caso de desacuerdo entre los progenitores, quien facultativamente podrá decidir en sentencia el establecimiento de esta modalidad de ejercicio.¹⁹

En este sentido, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (BOE Nº 158, 3 de julio de 2015) ha establecido en la Sección 2ª “De la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad” en el artículo 86 que: << 1. *Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.*

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.

¹⁸ BLANDINO GARRIDO M. A. “Tratamiento de las Concretas Medidas Definitivas Derivadas de las Sentencias Matrimoniales.” En ÁLVAREZ ALARCÓN A. / BLANDINO GARRIDO M. A. / SÁNCHEZ MARTÍN P. “Las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio.” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Páginas 214-215.

¹⁹ SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 6 de mayo de 2005 (nº 255/2005) (rec.637/2004) estableció la procedencia del ejercicio de la patria potestad compartida al no existir dato alguno que impida al apelante cumplir con los deberes que ello supone.

SAP de Madrid, Sección 22ª, de 24 de junio de 2005 (nº 491/2005) (rec.166/2005) confirmó el dictamen del Juez a quo que atribuía la custodia de los dos menores a favor de la madre con el ejercicio conjunto de la patria potestad.

3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor. >>

La Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria supone el reconocimiento de la autonomía conceptual de la Jurisdicción Voluntaria dentro del conjunto de actividades jurídico-públicas legalmente atribuidas a los Tribunales de Justicia. Así, el apartado IV del Preámbulo de la Ley dispone que: *“resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley”,* entendiendo que *“si bien la máxima garantía de los derechos de la ciudadanía viene dada por la intervención de un Juez, la desjudicialización de determinados supuestos de jurisdicción voluntaria sin contenido jurisdiccional, en los que predominan los elementos de naturaleza administrativa, no pone en riesgo el cumplimiento de las garantías esenciales de tutela de los derechos e intereses afectados.”*²⁰

²⁰ Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha atribuido a los Secretarios Judiciales la competencia para acordar por Decreto la separación legal o el divorcio de mutuo acuerdo en aquellos casos en que no existan hijos menores de edad no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, y la atribución a los notarios de competencia para autorizar, en los mismos casos, la escritura pública de formalización del convenio regulador de la separación o divorcio, con facultad para que los interesados elijan libremente unos u otros. Esto, obliga a adaptar a esa nueva atribución competencial casi todos los artículos comprendidos en los capítulos VII (*“De la separación”*), VIII (*“De la disolución del matrimonio”*) y IX (*“De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”*) del Título IV (*“Del matrimonio”*) del Libro I CC. A su vez, la circunstancia de que, en caso de optar los cónyuges que pretendan separarse o divorciarse de mutuo acuerdo, cuando no existan hijos comunes o estos sean emancipados y dependientes de sus progenitores, por hacerlo en el juzgado en lugar de acudir ante el Notario, el competente para acordar la separación o el divorcio y aprobar el convenio regulador sea el Secretario Judicial, obliga a establecer las necesarias adaptaciones en el art. 777 LEC para cohonestarlo y concordarlo con los nuevos arts. 82 y 87 CC. En otros términos, como dice el apartado XI del Preámbulo de la LJV, la modificación CC tiene por objeto la adaptación de muchos de sus preceptos a las nuevas previsiones contenidas en la Ley en materia de separación o divorcio de mutuo acuerdo de cónyuges sin hijos menores, al sustraerse su conocimiento del ámbito judicial y atribuirse a los Secretarios Judiciales y Notarios las funciones que hasta ahora correspondían de modo exclusivo al juez. Y, finalmente, aunque la reforma llevada a cabo por la LJV no exigía adaptación alguna del art. 107 CC, único precepto del capítulo XI (*“La ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio”*) del Título IV del Libro I CC, se ha aprovechado la ocasión para modificar el apartado 2 del art. 107 y cohonestarlo con las normas de la Unión Europea, constituidas por los vigentes

No obstante, parece obvio que si ambos progenitores se encuentran en “igualdad de condiciones” y ambos son aptos para ejercer la patria potestad, el Juez sea proclive a mantener la titularidad y el ejercicio de la misma de forma compartida, a fin de que ambos puedan participar en la formación del menor, y todo ello en consonancia con el principio de igualdad que ha de regir entre ambos progenitores. No obstante, si ambos progenitores solicitan para sí el ejercicio de la patria potestad unilateralmente de conformidad con los artículos 92 y 156 CC, la dificultad residirá en mantener, pese a la oposición de los progenitores, el ejercicio compartido de la patria potestad, o en respetar su voluntad, habida cuenta la nula predisposición para ello. En esta línea, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 8 de julio de 2005, (nº 530/ 2005) determinó la atribución de la custodia del hijo menor a favor del padre con un régimen de comunicaciones amplio a favor de la madre, pero manteniendo el resto de las funciones de la patria potestad de forma compartida, debiendo, por tanto, ambos progenitores actuar de forma conjunta en todo en cuanto concernía a aquellas cuestiones que fuesen relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de la salud de los hijos.²¹

En este particular, el Tribunal al decidir la aplicación del ejercicio compartido de la patria potestad prioriza la satisfacción del interés del menor por encima de toda consideración que pueda afectar a su desarrollo personal. Si bien, es evidente que el mantenimiento del ejercicio compartido de la patria potestad vendrá supeditado a la intención y predisposición que manifiesten los progenitores en conservar la titularidad y el ejercicio de forma compartida de la misma, así como la existencia de una buena relación entre ambos, necesaria, por otro lado, para la eficacia de este sistema.²²

Reglamentos de la Unión Europea por los que se determina la ley aplicable a la separación y divorcio, o españolas de Derecho Internacional Privado.

²¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “*Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.*” En GUILARTE GUTIÉRREZ V. (Dir.) “*Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/ 2005, de 8 de julio)*” Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005. Página 142. << El reconocimiento del progenitor no custodio a participar en el ejercicio de la patria potestad puede tener un importante valor simbólico, pues, aunque, en la práctica, difícilmente podrá influir en las decisiones que de facto tome el guardador, atribuir a aquél el ejercicio de la patria potestad puede comportar una satisfacción que aunque, simbólica, apague el deseo de confrontación permanente y origine en el guardador la necesidad de tener en cuenta la opinión del otro progenitor. >>

²² Al respecto GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “*Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.*” *Op. Cit.*, Página 136. << A nadie se le escapa, que, con carácter general y con excepción de la fase

La modalidad de ejercicio conjunto e igualitario de la patria potestad es, como regla general, el que mejor salvaguarda el interés del menor. Con todo, la vigente configuración de una regla que parte del acuerdo de los padres para el otorgamiento del ejercicio conjunto de la patria potestad nos lleva a señalar que en curso del procedimiento, y aun partiendo de una inicial situación de discrepancia entre los progenitores, se debe procurar el logro del mentado acuerdo, siempre importante en los procesos de separación y divorcio, y más que conveniente en situaciones de simetría absoluta en el ejercicio de la patria potestad.²³

A nuestro juicio, en situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción del *bonus filii*, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio.²⁴

1.2 Atribución total del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores

El párrafo cuarto del artículo 92CC establece que: *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez podrá decidir en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.”*

tempestuosa de la adolescencia, la relación de vida que implica la guarda de los hijos determina el fortalecimiento de la relación paterno-filial en detrimento del progenitor no custodio, al que aunque se le reconoce en el artículo 94 CC el derecho a visitar a sus hijos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, no comparte aquel quehacer diario en el que se desenvuelve la vida de los hijos, que a la larga, es el que moldea su personalidad. La igualdad que implica la cotitularidad y el coejercicio se diluye en la facultad de guarda, pues, en los casos, que probablemente son mayoría, en que no sea necesario adoptar decisiones extraordinarias en relación con la vida del menor, coincidirá el contenido del ejercicio de la patria potestad con el de la guarda, de suerte que, en la práctica, a pesar del teórico ejercicio conjunto, el progenitor custodio, en una posición de supremacía de hecho y de derecho, diseña la orientación y vida ordinaria del menor. >>

²³ GARCÍA RUBIO M^a. P. y OTERO CRESPO M. *“Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005.”* En SÁEZ HIDALGO I. (Dir.) *Revista Jurídica de Castilla y León, Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006. Páginas 97-98.*

²⁴ STS 449/2015, de 15 de julio de 2015 (rec.530/2014) *“El ejercicio de la patria potestad sobre los menores será ejercido por ambos progenitores que adoptarán de común acuerdo cuantas decisiones sean de interés para los hijos.”*

Por su parte, el artículo 156 CC, en su inciso segundo también contempla la posibilidad de otorgar la totalidad del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores.²⁵

De la redacción del articulado del Código parece desprenderse que la voluntad del legislador fue la de prever el supuesto de que alguno de los progenitores se encontrase imposibilitado involuntariamente o hubiese hecho méritos para ser apartado del ejercicio de la autoridad parental.²⁶

Por cuanto, si ambos progenitores se hallan en condiciones para ejercer la patria potestad, ésta sería la opción más adecuada en aras al desarrollo y formación integral de los menores. No obstante, no faltan autores²⁷ que sostienen la dificultad de mantener en la práctica el ejercicio compartido de la patria potestad, en tanto en cuanto, el menor, por lo común, se hallará más en contacto con uno de los progenitores, razón por la cual se prevé el ejercicio unilateral. En esta línea de argumentación se ha afirmado que el ejercicio conjunto de la patria potestad, en situaciones de crisis matrimoniales, resulta extremadamente complejo, motivo por el

²⁵ MORENO VELASCO V. “Hacia una adecuada comprensión del ejercicio de la patria potestad.” En *Diario La Ley*, de 22 de octubre de 2009, núm. 7267, Año XXX, Ref. D-328, Sección Tribuna, Edit. La Ley (LA LEY 19194/ 2009) << La atribución de la patria potestad en exclusiva a uno de los progenitores puede ser adecuada cuando de las exploraciones de los hijos se deduce que es la mejor medida de su interés, cuando existe una falta de relación con uno de los progenitores durante un largo período de tiempo, cuando uno de los progenitores sigue un tratamiento de desintoxicación, por abusos sexuales de uno de los progenitores hacia el hijo o hija, por existir condena de malos tratos, por enfermedad mental de uno de los progenitores que influya en su autogobierno, por estar uno de los progenitores privado de libertad, por detectarse en uno de los progenitores un problema de pedofilia que implique un riesgo para los menores, entre otros. >>

²⁶ De articulado del CC (Art. 92 y 156) se desprende que los progenitores podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o, parcialmente por uno de los cónyuges. Así pues, los supuestos excepcionales de privación de la patria potestad (art. 92.3 CC) o limitación total o parcial de su ejercicio por uno de los progenitores están. Obviamente conectados con conductas desordenadas o de desinterés por parte de alguno de los progenitores, así como con situaciones de imposibilidad, aunque estas no hayan sido requeridas por el progenitor o progenitores afectados (distanciamiento físico que impide la relación, internamiento en un centro de rehabilitación, enfermedad.....) Dentro de las conductas desordenadas se incluirán las relaciones con supuestos de delincuencia y violencia doméstica (art. 92.7 CC), esto es, delitos que atenten contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. De igual modo el artículo 170 CC señala que: “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.”

²⁷ VÁZQUEZ IZUBIETA C. “*Matrimonio y divorcio*.” Edit. Difusa, Madrid, 2005. Página 175.

cual sería conveniente arbitrar sistemas de titularidad compartida con ejercicio exclusivo por parte de uno solo de los progenitores.²⁸

Cabe plantearse, a estos efectos, si a falta de pronunciamiento judicial respecto al ejercicio de la patria potestad debiera ser aplicable el último párrafo del artículo 156 CC, en cuya virtud la patria potestad se ejercerá por aquel progenitor con quien el menor conviva, lo que nos lleva a presumir que el legislador al informar la redacción del precepto pretendía establecer como regla la custodia monoparental, al establecer expresamente el ejercicio unilateral de la patria potestad.²⁹

A nuestro juicio, en los casos de conflicto entre los titulares del derecho de patria potestad, cobra especial importancia la intervención de la autoridad judicial, cuando el acuerdo entre los progenitores no sea posible por vía convencional, debiendo el Juez pronunciarse expresamente sobre el ejercicio de la misma,³⁰ a fin de evitar que pueda entenderse aplicable el último párrafo del artículo 156 CC, por cuanto constituye una excepción al principio general de ejercicio conjunto de la patria potestad sancionado en el propio precepto.³¹

Caso distinto sería el supuesto en que uno de los progenitores rehusase voluntariamente ejercer la autoridad parental, bien amparándose en motivos laborales o en las dificultades inherentes a su ejercicio habida cuenta de la dispar localización geográfica de los domicilios de los progenitores, en tal caso, la autoridad judicial

²⁸ FREIJANES BENITO A. “*La protección de los derechos de los menores de edad en casos de separación y divorcio.*” En RODRÍGUEZ TORRENTE J. “El menor y la familia: conflictos e implicaciones”. Edit. UPCO, Madrid, 1998. Página 80.

²⁹ A este respecto BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO R. “*Comentarios al Código civil.*” *Op. Cit.*, Página 216. << De conformidad con el inciso 5 del artículo 156 del CC, si la resolución judicial no se pronuncia sobre el ejercicio de la patria potestad, ésta corresponderá al progenitor que tiene la custodia de los hijos. >>

³⁰ En la práctica judicial el Juez se halla obligado a pronunciarse, de lo contrario incurriría en denegación de justicia de conformidad a lo previsto en el artículo 9.3 CE. Previsión ahora expresamente contenida en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria en el Título III, Capítulo II, artículos 86-89.

³¹ ECHARTE FELIÚ A. M. “*Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial.*” Edit. Comares, Granada, 2000. Páginas 25-26. << El sistema que ofrece el Código consistente en que el ejercicio lo ostente tan sólo aquel de los padres que vive con el menor, dejando al otro una potestad casi vacía de contenido no es la mejor solución, al menos no en todos los supuestos. Esta configuración del ejercicio de la patria potestad puede acarrear la sensación de insatisfacción o frustración en los progenitores no ejercientes, abocados a una convivencia de fin de semana en la que es imposible entablar una relación profunda con el menor que atienda sus necesidades. Para evitar estas consecuencias que ya van siendo denunciadas por los sectores interesados, se podría proceder de manera contraria a la estipulada actualmente en el CC (art. 156.5). La posibilidad prevista en el CC de que el juez atribuya a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad, debería ser la solución habitual. >>

amparándose en los artículos 92 y 156 CC podría prescindir del ejercicio compartido de la patria potestad,³² adoptando la solución que considere más adecuada con arreglo a la especificidad de cada situación en concreto, justificando su decisión de modo coherente y fundamentándola en elementos concretos, evitando que las ineludibles obligaciones para con los hijos³³ se conviertan en un elemento vano de motivación de la resolución del órgano jurisdiccional.³⁴ En este sentido, se ha afirmado que la titularidad de la patria potestad entraña no sólo una asistencia material, sino también una asistencia moral que será la que contribuirá al fortalecimiento de las relaciones paterno-filiales y el consiguiente desarrollo y formación de la personalidad del menor,³⁵ así como a la satisfacción de su necesidad de apego emocional respecto de ambos progenitores, esenciales todo ello, para la protección real y efectiva del favor filii.

1.3 Distribución total o parcial del ejercicio de las funciones de la patria potestad entre ambos progenitores

El apartado cuarto del artículo 92 CC señala que la patria potestad en interés del menor puede ser ejercida parcialmente por uno de los cónyuges. Así mismo, el artículo 156.2 CC también prevé que el Juez en caso de desacuerdo pueda atribuir el ejercicio parcial de la patria potestad a uno de los padres. Se desprende del articulado del Código que nos hallamos ante un sistema intermedio que va a conllevar junto al ejercicio exclusivo de ciertas funciones de la patria potestad por uno de los progenitores, el mantenimiento del ejercicio conjunto de las restantes funciones

³² SAP de Salamanca, Sección 1ª, de 29 de octubre de 2005 (nº 510/2005) confirmó el ejercicio de la patria potestad, así como la guarda y custodia de la menor en favor de la madre, establecida por el Juez a quo, con un régimen de visitas que se ampliaría a medida que la menor creciera en razón de la escasa relación y convivencia con el padre, separándose al poco del nacimiento de la menor y añadiéndose la circunstancia de residir los progenitores en localidades distintas.

³³ Artículo 92 CC inciso primero: "La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos."

³⁴ LORCA NAVARRETE A. M. y DENTICI VELASCO N. M. *"La regulación de la separación y el divorcio en la nueva "Ley de Divorcio" de 2005 con especial referencia a la mediación familiar."* Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005. Página 45.

³⁵ En este sentido BOSSERT G. A. y ZANNONI E. A. *"Manual de Derecho de Familia."* Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990. 2ª Edición. Página 430. << No se agota el deber de los padres en la satisfacción de las necesidades materiales, sino que alcanza al cumplimiento de deberes de índole espiritual, como es el cuidado y formación ética y espiritual del hijo, asegurar su educación, de acuerdo con sus posibilidades, el cuidado que implica evitar para ellos riesgos y peligros de índole material, psíquica o espiritual. >>

inherentes a la autoridad parental. Esta distribución de funciones inherentes al ejercicio de la patria potestad pueden abarcar indistintamente tanto la esfera personal como patrimonial del menor, si bien deberán adecuarse en todo caso al interés del menor, así como al contexto y a las características en que se desarrolla la situación de crisis matrimonial. Esta modalidad puede venir justificada por la imposibilidad de uno de los progenitores de asumir determinadas responsabilidades o bien por tratarse de un profesional cualificado en un ámbito específico, sanitario, educativo.....³⁶

En la práctica, se ha sostenido que la aplicación de este sistema resulta una tarea ardua y compleja por la dificultad que entraña el determinar las funciones que habrán de ejercer cada uno de los progenitores.³⁷ La viabilidad de este sistema pasaría por distribuir entre los progenitores la totalidad de las funciones inherentes a la patria potestad, con independencia de su inclusión en el ámbito personal de la potestad, o de que correspondan al de índole patrimonial, distribución que, en todo caso, habría de hacerse atendiendo a la formación de cada uno de los progenitores, y precautelando, ante todo la satisfacción del interés del menor, tarea que, no obstante, se nos antoja extremadamente compleja.

Los sistemas de ejercicio de la patria potestad a los que nos hemos referido se fundamentan en los artículos 156 y 92 CC, si bien, mientras en la redacción del artículo 156 CC se prevén opciones concretas, la utilización de la expresión “podrá” en el artículo 92 CC puede originar la adopción de decisiones judiciales discrecionales.³⁸

Hubiera sido preferible que la norma contemplará como regla general el mantenimiento del régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad, incluyendo en

³⁶ GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 144. << Este sistema es aplicable indistintamente a los supuestos de custodia monoparental o compartida, debiendo preponderarse el interés del menor y la formación especializada de los progenitores, de forma que contribuya al desarrollo personal de los hijos, así como también a la administración y representación de sus bienes. >>

³⁷ VENTOSO ESCRIBANO A. “La representación y disposición de los bienes de los hijos.” Edit. Colex, Madrid, 1989. Página 128.

³⁸ GUILARTE MARTÍN –CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 134. << Debiera haberse aprovechado la reforma de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio para terminar con esta duplicidad y dar una nueva redacción al art. 156 CC que, o bien suprimiera la alusión a los supuestos de separación, en cuyo caso, convendría introducir en el art. 92 CC que la regla general es el ejercicio conjunto también en los casos de separación y divorcio, o una remisión a la regla general del art. 156 CC, o bien establecer que en los casos de separación la regla general será el ejercicio conjunto y, en su caso, atendido el interés del menor, confiarlo a uno de ellos. >>

ésta la posibilidad de una distribución parcial o total de sus funciones, previéndose así mismo con carácter excepcional la aplicación del sistema de ejercicio unilateral.³⁹

De lo expuesto también se desprende que es necesario una modificación del CC y de la legislación complementaria, a fin de sustituir el término “patria potestad” por el de “responsabilidad parental”, siendo así mismo inexcusable que los acuerdos alcanzados en el marco de un proceso de separación y divorcio, deberán contener una mención expresa sobre el alcance del contenido del convenio (la concreción de las funciones de ambos progenitores según el reparto de tiempo que les haya de corresponder en el ejercicio de la custodia efectiva de los menores) con la finalidad de que ya sea en el trámite de homologación o durante el ejercicio de la patria potestad, no se susciten diferentes interpretaciones.

Si bien, en tanto no se proceda a esta regulación nos inclinamos por considerar que el ejercicio de la responsabilidad parental, en los casos de ruptura de pareja, debiera llevarse a cabo conjuntamente por ambos progenitores en aras a adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor, debiendo, no obstante, precisarse si existirá un ejercicio parcial o se distribuirán todas las funciones inherentes a su ejercicio, propiciando así mismo, alternativas que hagan posible su realización. Siendo conscientes de la dificultad que en la práctica puede conllevar el ejercicio compartido de la patria potestad en situaciones de crisis matrimoniales, por cuanto puede entorpecer el normal desarrollo de la vida diaria y de los intereses de los menores, (la exigencia de requerir el consentimiento de ambos padres para adoptar cualquier acto) no obstante, esta modalidad debe ser contemplada como un sistema flexible,⁴⁰ que a todas luces redundará en la mejor protección de los menores, por cuanto que la pertinencia para

³⁹ LÁZARO GONZÁLEZ I. (Coord.) *“Los menores en el Derecho Español- Práctica Jurídica.”* Edit. Tecnos, Madrid, 2002. Página 228. << En la práctica lo más frecuente es que tanto los convenios reguladores como las resoluciones judiciales contemplen el ejercicio conjunto, quedando sobreentendido que éste ha de adaptarse a las especiales circunstancias de no convivencia. >>

⁴⁰ CARRASCO GALÁN M. J. *“La conciliación de la vida laboral y familiar: consecuencias psicológicas intrafamiliares.”* En ADROHER BIOSCA S. y NUÑEZ PARTIDO J. P. (Coords.) *“Familia y trabajo.”* Edit. Comillas, Madrid, 2003. Página 39. << Es importante destacar que cuando se habla de reparto equitativo no se está haciendo referencia a un reparto del 50% en cada una de las tareas, sino a una relación coste/beneficio general y muchas mujeres, y varones, aunque se responsabilicen en mayor medida que el otro cónyuge de algunas cuestiones familiares, perciben la aportación que el otro hace en esferas como el campo afectivo o el apoyo y cuidado tan valiosas y significativas como las propias, manteniendo de esta forma el equilibrio de la relación. >>

la adopción de un determinado acto habrá de ser acordada por ambos y no indistintamente por cualquiera de los progenitores, siendo así mismo indispensable la necesaria comunicación de las decisiones consentidas unilateralmente, sin perjuicio del necesario análisis casuístico de cada proceso por parte de las autoridades judiciales. Todo ello habrá de incidir positivamente en el desarrollo y formación de la personalidad de los menores de edad implicados en un proceso de separación o divorcio, por cuanto tendrán próxima la influencia y guía tanto de la figura materna como de la paterna pese a encontrarse inmersos en el marco de una familia disfuncional generada como consecuencia de la crisis familiar.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1 Noción de guarda en sentido amplio y en sentido restringido

El término custodia hace referencia al conjunto de derechos y obligaciones que nacen para el progenitor que convive con sus hijos y que viene a abarcar el amplio y heterogéneo conjunto de facultades que implica la responsabilidad parental.⁴¹ Desde esta consideración se entiende por guarda en sentido amplio, la figura jurídica por la que se otorga a terceras personas, de forma temporal y en virtud de una disposición judicial, el cuidado y la custodia de un menor.⁴²

No obstante, habida cuenta del enfoque de nuestra investigación, habremos de estudiar el tema de la guarda y custodia en sentido restringido, esto es, nos centraremos fundamentalmente en la figura de la guarda en relación al cuidado y protección del menor por parte de sus progenitores en cuanto titulares de la patria potestad, analizando dicha concepción de la guarda en los supuestos de crisis matrimonial.⁴³

Doctrinalmente se ha definido la guarda y custodia como “un derecho-deber integrante de la patria potestad, que implica que un progenitor tenga en su compañía

⁴¹ RAGEL SÁNCHEZ L. F: “*La guarda y custodia de los hijos.*” En Derecho privado y Constitución, nº 15, Madrid, 2000. Páginas 281- 289. << Las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y por esa razón, al ir juntas, estas palabras viene a indicar que la guarda está reforzada.>>

⁴² GARCÍA PASTOR M. “*La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales.*” Edit. McGraw- Hill, Madrid, 1997. Página 102. << Conforme al artículo 103.1 CC, cabe la posibilidad de atribuir la guarda a un tercero no progenitor (abuelo, tío, institución u otro tercero) pero, en este caso –siempre excepcional- no se trataría de guarda y custodia como función específica derivada de la patria potestad, sino meramente una guarda con caracteres propios. >>

Artículo 103 párrafo tercero CC: “Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren, y, de no haberlos, a una institución idónea, confiándoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.”

⁴³ DEL VAS GONZÁLEZ J. M. “*Instituciones Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español.*” Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, en DE LA IGLESIA MONJE M. I. (Dir.), Colección Monografías, Madrid, 2009. Páginas 252-253. << La guarda y custodia se identifica plenamente con el concepto de cuidado y ello porque el ejercicio comprende algunas decisiones sobre la educación, formación y respecto a la salud de los hijos, las cuales deben seguir siendo compartidas por ambos progenitores. El concepto de guarda y custodia se refiere al aspecto personal, convivencial, inmediato al cuidado de los hijos, mientras que el ejercicio se reconduce a la responsabilidad integral sobre el niño o facultad de decisión respecto de los temas que le afecten. >>

al hijo, lo cuide y tome las decisiones del día. Cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor, constituye ejercicio de la patria potestad.”⁴⁴

Por otra parte se ha sostenido que “la guarda y custodia consiste en una situación de convivencia mantenida entre un menor o incapacitado y su progenitor o sus dos progenitores, que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral de aquél por parte de éste o éstos.”⁴⁵

También se ha sostenido que consiste “en el derecho de los progenitores a estar en compañía del menor, elemento integrante de la patria potestad.”⁴⁶

2.2 Conflicto terminológico de la noción de guarda y custodia

En esta línea, la guarda y custodia de los hijos consiste, por tanto, en una situación de convivencia que tiene por objeto el cuidado, educación y formación integral del menor. No obstante el CC no da una definición precisa de qué debemos entender por guarda y custodia⁴⁷, desprendiéndose de su articulado una absoluta falta de unanimidad en la terminología empleada, utilizándose indistintamente los vocablos “guarda”, “custodia” y “cuidado” de los menores, lo cual va a incidir negativamente a la hora de precisar y valorar el alcance de los vocablos en cuestión.⁴⁸ Así el artículo 90

⁴⁴ CAMPO IZQUIERDO A. L. “Guarda y custodia compartida: ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?” En *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, núm. 7206, Sección Tribuna, Edit. La Ley. Página 1.

⁴⁵ RAGEL SÁNCHEZ L. F. “La guarda y custodia de los hijos.” *Op. Cit.*, Página 289.

También GARCÍA PASTOR M. “La Situación Jurídica de los Hijos cuyos padres no conviven: Aspectos Personales.” Edit. McGraw- Hill, Madrid, 1997. Página 74. << La guarda y custodia consiste en el conjunto de funciones parentales que requieren el contacto constante entre el adulto y el niño. >>

⁴⁶ PÉREZ SALAZAR-RESANO M. “Patria Potestad.” En GONZÁLEZ POVEDA P. Y OTROS. “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y procesales”. Edit. Sepin, Madrid, 2005. Página 180.

⁴⁷ Se alude a los términos guarda y custodia en el marco de las relaciones paterno- filiales (Arts. 154, 156, 158, 160, 161, 162, 164, 166 CC); en los supuestos de acogimiento familiar mencionados en el art. 173 CC ; en los procesos matrimoniales y de menores (Arts. 90, 92, 93, 94, 96 y 103 CC)

⁴⁸ De igual modo la LEC 1/ 2000, 7 de enero, en sus disposiciones referentes a los procesos de separación y divorcio también aluden a los términos guarda y custodia, pero sin señalar una definición de los mismos.

Art. 748. 4 LEC señala que: “Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores.”

Art. 769.3 LEC dispone que:” En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor.”

Art. 770.6 LEC establece que: “En los procesos que versen exclusivamente sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las

CC desde una percepción general habla de: *“el cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad”*. De otro lado, el artículo 92 CC emplea términos diferentes para aludir a la custodia, aludiendo en el inciso segundo a *“la custodia y el cuidado de los hijos”*, en el quinto y séptimo se refiere a la *“guarda conjunta”*, en el sexto se menciona *“la guarda y custodia”*, en el quinto y el octavo se prevé *“la guarda y custodia compartida”*, y en el inciso noveno se alude a *“la custodia de los hijos”*. Así mismo, el CC en el marco de las relaciones paterno- filiales señala en el artículo 154⁴⁹ que: *“se debe velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.”* A este respecto, la expresión *“tenerlos en su compañía”*, viene a concretar, como parte integrante del contenido de la guarda y custodia la convivencia física habitual con el menor.

De igual modo, el artículo 158 CC⁵⁰ en su inciso segundo prevé que: *“El juez dictará las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda.”* El legislador, en el precepto, se limita a mencionar el término de guarda pero sin precisar su contenido, como tampoco detalla en qué consistirán *“las disposiciones apropiadas”* a las que hace referencia, y que han de servir para evitar perturbaciones dañosas a los menores.

También el artículo 159 CC establece que: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al*

medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio.”

⁴⁹ El artículo 154 CC ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, disponiendo expresamente en su segundo inciso que: *“La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos...”*

⁵⁰ El artículo 158 CC ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, a fin de adoptar mecanismos protectores respecto del menor víctima de malos tratos. Se modifica el núm. 4 y se añaden los números 5 y 6, modificándose también el último párrafo del precepto, que quedan redactados como sigue: *“4. La medida de prohibición a los progenitores, tutores u otros parientes o a terceras personas de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro educativo, y a otros lugares que frecuente, con respeto al principio de proporcionalidad.*

5. La medida de comunicación con el menor, que impedirá a los progenitores, tutores u otros parientes o a terceras personas establecer contacto escrito, verbal, visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, con respeto al principio de proporcionalidad.

6. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses. En caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la entidad pública.

Todos estos hechos podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal, o bien en un expediente de Jurisdicción voluntaria.”

cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad.” Olvidando mencionar el legislador de qué forma valorará el Juez o qué parámetros utilizará en aras a la protección del mejor interés del menor de edad.

A la vista de los artículos citados, la guarda y custodia podría definirse como el conjunto indisoluble de derechos y obligaciones que ejercidos de modo conjunto por los progenitores, les permite a éstos realizar las funciones de cuidado, atención, protección y educación de sus hijos e hijas.⁵¹ Así pues, aunque el cuidado de los menores se integre como parte del contenido esencial de la función de guarda, a nuestro juicio la noción de guarda aun conllevando un componente de convivencia con el menor, comporta un significado más amplio, en tanto que podría predicarse de terceros allegados al menor (abuelos, tíos.....).⁵² Si bien, a nuestro entender, la noción de custodia entraña en su terminología una concepción más restringida, por cuanto que debemos ceñirla a la participación que en lo referente a la facultad de cuidado respecto de los menores han de desempeñar exclusivamente los progenitores.

No obstante, ambas nociones “guarda” y “custodia” gravitan en torno a un concepto básico, el de “convivencia con el menor”, siendo éste el eje a través del cual se van a redistribuir las funciones de cuidado y atención del menor.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Páginas 201-202. <<Puede definirse la guarda como aquella potestad que atribuye el derecho de convivir de forma habitual con los hijos menores o incapacitados, bien de forma permanente hasta que recaiga nuevo acuerdo o decisión judicial (atribución unilateral a un progenitor) bien de forma alterna en los períodos prefijados convencional o judicialmente (guarda compartida o alterna) y abarca todas las obligaciones que originan en la vida diaria y ordinaria de los menores: la alimentación, el cuidado, la atención educación en valores, formación, vigilancia y, desde luego, la responsabilidad por los hechos ilícitos provocados por los menores interviniendo su culpa o negligencia. >>

De igual modo LATHROP GOMÉZ F. “*La Custodia compartida de los hijos.*” Edit. La Ley Actualidad, Madrid, 2008. Página 58. << La guarda y custodia constituye la función paterno- filial de carácter personal que más relieve alcanza una vez sobrevenida la crisis matrimonial. >>

⁵² Hay autores que van más allá afirmando que no es imprescindible la convivencia física habitual con el menor (aludiendo a aquellos supuestos en que los menores se hallan internados en un colegio) bastando a estos efectos, una convivencia espiritualizada. Afirmando en esta línea, que la guarda administrativa correspondería a la entidad pública que asumiese el cuidado del menor. DÚRAN AYAGO A. “*La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico.*” Edit. Colex, Madrid, 2004. Página 64.

MORÁN GONZÁLEZ M. I. “*El Ministerio Fiscal y los Sistemas de guarda y custodia...*” *Op. Cit.*, Página 80. <<El concepto de patria potestad está íntimamente unido al de guarda y custodia, conceptos unitarios en el caso de que la convivencia familiar no se interrumpa, y que es preciso distinguir en situaciones de crisis familiar. >>

2.3 Ejercicio de la patria potestad y de la guarda y custodia

Se ha sostenido que la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos se diferencian toda vez que existe una relación del todo a la parte, ⁵³esto es, el todo englobaría la titularidad de la patria potestad y su ejercicio, en tanto que la custodia sería una parte de ese contenido global.⁵⁴ En esta línea, cuando se produce la ruptura del vínculo conyugal como consecuencia de la separación o el divorcio de los progenitores se ocasiona así mismo la escisión o disociación de la patria potestad y de la custodia de los menores. ⁵⁵ En tanto en cuanto, y como regla general, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se asumirán de manera compartida por ambos progenitores, conllevando, por ende, la asunción de todas aquellas relaciones trascendentales que engloban aspectos tales como la nacionalidad, la capacidad de obrar, la representación de los menores.....⁵⁶ Frente a ello, la custodia corresponderá a cada uno de los progenitores durante los períodos de convivencia en que cada uno de ellos se hallen con los menores, con la consiguiente asunción de las decisiones cotidianas o domésticas que pudieren afectar al ámbito de la salud, educación y orden diario de la vida de los menores.⁵⁷

⁵³ RAGEL SÁNCHEZ L. F. “La guarda y custodia de los hijos.” En *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, núm. 15, enero-diciembre, 2001. Páginas 284-285

⁵⁴ Sobre la distinción entre guarda y patria potestad, Vid. GONZÁLEZ MORENO B. “El principio de igualdad en el ámbito del Derecho de familia: La custodia compartida.” En GONZÁLEZ MORENO B. Y OTROS. *Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales*. Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009. Páginas 369-377.

CRESPO ALLUÉ F. “La responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos menores.” En GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “Aspectos Civiles y Penales de las Crisis Matrimoniales”. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2009. Página 66 y ss.

VELA SÁNCHEZ A. J. “La Custodia compartida: ¿Posibilidad o Quimera?” En GARCÍA GARNICA M. C. “Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar”. Edit. Aranzadi, Navarra, 2008. 1ª Edición. Páginas 64-65.

⁵⁵ RAGEL SÁNCHEZ L. F. “La guarda y custodia de los hijos.” Op. Cit. Página 286. << En las situaciones diversas a las de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia se separa de la patria potestad. >>

⁵⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNERRIAGA L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.” en VVAA, *Temas de Actualidad en Derecho de Familia*. Edit. Dykinson, Madrid, 2006. Páginas 39-40.

⁵⁷ MAZEAUD H. L. y MAZEAUD J. “*Lecciones de Derecho civil*.” Volumen IV. Edit. Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1976, traducido por ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO L. Página 94. << En la práctica tanto la guarda como la dirección forman parte de la patria potestad, por cuanto su contenido incluye el derecho de vivir en la casa de los progenitores, como también el deber de ejercer un control de vigilancia sobre su correspondencia, relaciones y la facultad de elegir su educación y su religión. En cambio, en el plano teórico se debe distinguir, el derecho de guardar al hijo y el de vigilarlo que, por una parte, comprende el derecho de guarda, y el derecho de elegir su educación y su religión que, por otra parte, encierra el derecho de dirección. Esta posición dificulta el ejercicio de la autoridad

Así pues, cuando los progenitores viven juntos y se relacionan con normalidad, la guarda y custodia de los hijos se encuentra subsumida en la patria potestad que es ejercida conjuntamente por ambos de forma dual y compartida. Sin embargo, en situaciones distintas a la de la convivencia normal de los padres, la guarda y custodia comprenderá aquellas funciones de la patria potestad que requieran la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo, ejerciendo materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad.⁵⁸ Esta situación se vislumbra de forma más evidente cuando el guardador del menor no es ninguno de los progenitores, sino un tercero al que se ha encomendado su guarda, pues en este caso dicho tercero ni tan siquiera ostentaría la patria potestad del menor, apreciándose de forma más patente la desvinculación, en este particular, de la figura de la guarda respecto de la patria potestad.⁵⁹

Sin embargo, la atribución de la custodia a favor de uno de los progenitores y el reconocimiento al otro de un derecho de comunicación o visitas, no implica que el progenitor custodio ejerza de forma exclusiva la patria potestad y, en consecuencia, adopte todas las decisiones respecto del menor con quien convive, sino que, como ya hemos analizado, las funciones que integran la patria potestad corresponden a ambos progenitores. (Artículo 156 CC)⁶⁰ En consecuencia, se requerirá el acuerdo de ambos para todos aquellos actos que hayan de tener transcendencia en la vida del menor tales como, la decisión sobre el domicilio o el cambio de domicilio que conlleve apartar al menor de su entorno habitual, la decisión sobre el tipo de enseñanza, así como las decisiones sobre actos religiosos, la realización de gastos extraordinarios que no sean necesarios o urgentes, la asistencia médica o sanitaria, salvo casos de urgencia. Sin embargo, no es necesario acuerdo, y pueden ser adoptadas por el progenitor custodio

parental, pues, somos partidarios de que tanto el derecho de dirección como el derecho de guarda formen parte directa del ejercicio de la patria potestad, prescindiendo de su división teórica y práctica. >>

⁵⁸ PINTO ANDRADE C. “*La Custodia compartida.*” *Op. Cit.*, Páginas 35-37.

⁵⁹ LATHROP GÓMEZ F. “*La Custodia compartida de los hijos.*” *Op. Cit.*, Página 57. << Si bien existe una estrecha correlación entre la patria potestad y la guarda y custodia de los hijos, ello no significa que esta nazca solamente frente a la ausencia de convivencia de los padres. Lo que ocurre es que esa situación viabiliza esta figura que antes formaba un todo con las demás funciones de la patria potestad. Cuando la guarda se encuentra desprovista de las otras funciones de la patria potestad, se produce una verdadera cirugía estética de esta figura. >>

⁶⁰ Primer párrafo del artículo 156 CC:” La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.”

todas aquellas decisiones que constituyen el desenvolvimiento de los actos diarios, rutinarios y no trascendentes en la vida habitual del menor conforme al uso social o a las circunstancias, tales como la decisión de que el menor participe en alguna actividad o excursión del centro lectivo que deba ser autorizada y firmada por escrito por uno de los progenitores, las decisiones puntuales sobre el comedor escolar, la delegación en un tercero para que recoja al menor en el centro escolar, las revisiones médicas ordinarias o asistenciales puntuales por enfermedad y tratamiento para la misma, la participación en actividades de ocio durante el tiempo que tienen consigo al menor, salvo que entrañen riesgo físico para aquél, así como aquellas decisiones que hayan de adoptarse en supuestos de urgente necesidad. Así pues, el progenitor custodio que convive habitualmente con los hijos e hijas, viene obligado a realizar una serie de tareas, que podríamos calificar “de domésticas” y que van a derivar del quehacer cotidiano, tales como, la alimentación de los menores, la ayuda en los estudios, las revisiones médicas o las atenciones en caso de enfermedad común, el establecimiento de normas de higiene, disciplina, horarios.... En este sentido, parece obvio que, en la medida en que el tiempo de convivencia con uno u otro progenitor sea notablemente distinto, también será mayor el peso de las decisiones cotidianas que habrán de conformar el cuidado y la educación del menor.⁶¹

⁶¹ Jornada Científica “La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja” Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010. <http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip> CASO SEÑAL M. expone que: “Centrándonos en los sistemas de guarda podemos distinguir cuatro modelos diferenciados: 1. Guarda exclusiva ejercida por uno sólo de los progenitores gozando el otro de un régimen de estancias y comunicaciones. 2. Guarda distribuida de los hijos, asumiendo cada progenitor la custodia de alguno de los hijos. En estos casos resulta particularmente importante establecer regímenes de estancias entre los hijos que garanticen no sólo la relación paterno y materno – filial, sino también la fraternal. 3. Guarda atribuida a un tercero, que se halla específicamente prevista en el artículo 103 CC (Modificado en su número 1 por el artículo primero de la Ley 42/ 2003, 21 de noviembre de modificación del CC y la LEC en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos) Este tipo de guarda y custodia tiene un carácter excepcional y contempla un supuesto en el que ninguno de los progenitores puede asumir el cuidado del menor. 4. Guarda conjunta, compartida o sucesiva; en la cual a su vez podemos diferenciar: a) Guarda compartida simultánea, en los que continúa la convivencia de todo el núcleo familiar bajo el mismo techo, puesto que no se ha procedido a dividir la vivienda habitual. b) Guarda compartida a tiempo parcial sin cambio de domicilio por parte de los menores, siendo los progenitores los que pasan a residir determinados períodos de tiempo alternos en el domicilio familiar. c) Guarda compartida a tiempo parcial con alternancia de domicilio por parte de los menores.”

3. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA

La guarda y custodia puede adoptar diversas modalidades;⁶²

3.1 Guarda y custodia exclusiva o unilateral

Tradicionalmente la regulación de la guarda y custodia de los hijos ha dado lugar a la configuración de esta modalidad de custodia en virtud de la cual la potestad de guarda es atribuida en exclusiva a uno de los progenitores. Pudiéndose, excepcionalmente, atribuirse la guarda y custodia de los menores a un tercero siempre que se demuestre falta de capacidad por parte de ambos progenitores.⁶³

Así pues, la guarda y custodia se ve estrictamente ligada a la disociación que se produce entre los progenitores como consecuencia de la crisis matrimonial, lo que consecuentemente va a impedir la convivencia en común de aquellos, y propicia la atribución del menor a uno de los progenitores, que será quien ejerce esta propiedad influyendo decisivamente en el desarrollo moral e intelectual del hijo, en su formación

⁶² RIVERO HERNÁNDEZ F. “*Matrimonio y Divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil.*” En LA CRUZ BERDEJO (Coord.), Madrid, 1994. Página 1025. <<La figura de la guarda no tenía entidad propia en el Derecho español, absorbida por la fuerza expansiva a toda posible relación padre- hijo, de la patria potestad: La guarda de los hijos resultaba una facultad- deber implícito a la patria potestad. En los casos de separación, sin embargo, la guarda adquiría plena autonomía al encomendarse a la madre la guarda y custodia de los hijos, sobre todo los pequeños, mientras que el padre seguía ostentando la titularidad de la patria potestad. Con posterioridad, al atribuirse la patria potestad a ambos progenitores, la guarda aún en estos casos de separación, venía a presentarse de nuevo como una facultad de la patria potestad. >>

⁶³ PÉREZ- SALAZAR RESANO M. “*La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar.*” En TAPIA PARREÑO J.J. (Dir.) “*Custodia compartida y protección de menores*”. Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009. Página 258. << Cuando se pacta la custodia exclusiva en el convenio regulador, en muchos casos, ocurre que, simplemente no se han planteado otra posibilidad. Otras veces, en cambio, el régimen de custodia unilateral no ofrece dudas al juez, ya que plantear otro tipo de custodia es realmente una medida imposible. Por tanto es necesario atender a cada caso concreto para optar por el sistema de guarda que resulte más acorde con esa realidad familiar. >>

La decisión de atribuir la guarda de los menores a un tercero sólo podrá tener lugar cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen en razón del interés superior del hijo y con carácter de excepcionalidad, tal y como se contempla en el artículo 103.1 CC: “Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez.” Artículo 172.2 CC.” Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar del menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario. “

y educación integral, así como en su bienestar psicológico- afectivo de manera sistémica y general.⁶⁴

A estos efectos, en algunas sentencias se plantea abiertamente una preferencia por la custodia materna,⁶⁵ así la STS 97/2005, de 14 de febrero de 2005 (rec.3331/1998) se otorga la custodia en exclusiva a la madre, modificando la sentencia del Juzgado de Instancia y confirmando la establecida con posterioridad en el recurso de apelación por la AP, alegando el TS: *“que el trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda por la madre fue correctamente apreciada por el Tribunal (fundamento jurídico tercero), de suerte que eliminada esa circunstancia, resulta evidente, dada la corta edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil.”*

Esta preferencia por la custodia materna ha sido duramente criticada por un sector de la doctrina⁶⁶ argumentando que se ha producido un doble efecto negativo, de un lado que, en la práctica, ha sido la madre quien ha venido ejerciendo las funciones de la patria potestad, asumiendo en solitario toda la responsabilidad en la crianza de los menores, y de otro lado, que el progenitor no custodio, usualmente el padre, ha quedado reducido a un mero visitador con el consiguiente riesgo de transformarse en una figura distante para sus propios hijos.

⁶⁴ Artículo 39. 3 CE impone la obligación a los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”

⁶⁵ SARRIEGO MORILLO J. L y MORGADO CAMACHO B. *“La paternidad y la maternidad tras el divorcio.” Revista de Derecho de Familia, núm. 14, enero 2002. Página 278.* << El hecho de que hasta ahora se haya atribuido en mayor porcentaje la custodia a las madres hace que la paternidad este en crisis, sobre todo en los casos en los que el padre jugaba un papel activo en el proceso de crianza y educación de sus hijos e hijas antes de la separación. >>

⁶⁶ SARRIEGO MORILLO J.L. y MORGADO CAMACHO B. *“La paternidad y la maternidad tras el divorcio.” Op. Cit., Página 283.* << El progenitor además de perder sus estatus de padre pierde en la realidad a sus hijos. >>

MARTÍNEZ GALLEGU E. M^a. Y BENITO DE LOS MOZOS A. I. *“Mujer sujeto u objeto de derecho.”* En LOPEZ VIEJA M^a. T. (Ed.) *“Feminismo del pasado al presente.”* Edit. Universidades de Salamanca, Salamanca, 2000. Página 265. << Aún se mantiene un modelo machista en el que las mujeres tradicionalmente asumen el rol de la custodia de los hijos una vez que se rompe la pareja, sea ésta o no matrimonial. Rol, que ha influido en los Jueces Y Tribunales que tradicionalmente han atribuido la guarda y custodia de los hijos menores de edad a las madres, convirtiendo a los padres en meros visitadores de fines de semana. >>

Otras sentencias, sin embargo, se muestran favorables a atribuir la guarda y custodia exclusiva al padre. En este sentido, la STS 719/2003, de 9 de julio de 2003, (rec.884/1999) otorgó la guarda y custodia exclusiva al padre, confirmando la resolución dada por la AP de Madrid, y revocando la del Juzgado de Instancia que la había concedido a la madre, destacándose en la susodicha sentencia que: *“en estos casos, habrá de atenderse primordialmente al interés del menor, al que en los supuestos de crisis matrimonial se coloca en una posición difícil, en la que habrá de optarse por uno u otro progenitor, por lo que, a falta de acuerdo común, será el juez a quien corresponderá la compleja labor de decidir cuál de los progenitores habrá de asumir el cuidado y la custodia.”*

3.2 Guarda y custodia distributiva o partida

La guarda distributiva se produce en aquellos supuestos en los que se distribuyen a los menores entre ambos progenitores, asignando la guarda de unos hijos a la madre y la de los restantes al padre. Nos hallamos, por tanto, ante una guarda partida que implica la distribución de los hijos entre ambos progenitores. Este sistema de guarda es de excepcional aprobación en virtud del principio de no separación de los hermanos, y solo deberá ser adoptado cuando se revele como la medida más beneficiosa para los intereses de los hijos. Hemos de tener en cuenta que el derecho-deber de “tener a los hijos en compañía” se haya íntimamente ligado a la guarda y custodia del menor, por cuanto podríamos decir que es consustancial e inseparable de éste, e implicará un modelo de convivencia que permitirá ejercer con éxito el deber de atención y cuidados cotidianos inherentes a la patria potestad.⁶⁷

⁶⁷ El incumplimiento de dicho derecho- deber de tener a los hijos en compañía conllevará la imposición de las sanciones previstas en los artículos 226, 228, 229, 230 y 231 del CP (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995) Así mismo, dicho deber se haya protegido mediante el artículo 170 CC, en virtud del cual, los progenitores sólo pueden ser despojados del deber de tener en compañía a los hijos no emancipados en los casos previsto legalmente, es decir, cuando se les prive de la patria potestad. El susodicho artículo establece literalmente que: “El padre o la madre podrán ser privados de su patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad, cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.”

En esta línea, el Estado de Florida (EEUU) establece en el artículo 61.13-1 e) 2) b) 2ª- Al ordenar la compartición de la responsabilidad parental el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, la atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considera exclusivas de una familia determinada.⁶⁸

Una de las razones que se han esgrimido para sostener la adopción de dicho régimen ha sido la diferencia de edad entre los hijos, (piénsese en un menor recién nacido o de corta edad, y otro próximo a la mayoría de edad) en cuyo caso su separación no causaría, generalmente, mayor perjuicio emocional, o de otro tipo, relevante para el desarrollo integral de los mismos.⁶⁹

En esta línea, la STS 530/2015, de 25 de septiembre de 2015 (rec.1537/2014) sostenía en su Fundamento de Derecho primero que: *“No existe inconveniente alguno en separar a los hermanos, debido a la diferencia de edad entre unos y otros, lo que supone que van a realizar actividades escolares y de ocio diferenciadas, sin que ello suponga que no puedan mantener una relación plena, garantizada mediante el establecimiento de un régimen de visitas conjunto”*

3.3 Guarda y custodia compartida o alterna

En esta modalidad de guarda y custodia, como más adelante analizaremos, la asunción de la guarda y custodia de los menores se atribuye a ambos progenitores. A este respecto Pérez Ureña ⁷⁰ propone distinguir tres modalidades de custodia compartida o alterna: 1. Aquélla en la que ambos progenitores comparten de forma permanente el

⁶⁸ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App=mode=DisplayStatute&URL=Ch0061/titl0061.htm>

⁶⁹ SAP de Alicante, Sección 4ª, de 27 de enero de 2005 (núm. 39/ 2005) confirmó la resolución del Juez a quo de atribuir la custodia de un hijo al padre y del otro a la madre, dadas las circunstancias personales de cada menor, y el hecho de que padeciesen sendas afecciones psicológicas que les llevaban a enfrentarse entre ellas.

⁷⁰ PÉREZ UREÑA A. A. “La custodia compartida en la Ley 15/ 2005.” En *el Derecho Boletín Legislación*, año IX, núm. 396, de 3 de octubre de 2005. Edit. Derecho Editores, Madrid, 2005. Página 2.

cuidado de los hijos, que se dará en aquellos supuestos en los que los progenitores sigan viviendo en el mismo domicilio tras la ruptura, o cuando cada uno de los progenitores fijen sus domicilio en partes distintas de una misma vivienda. 2. Cuando se realiza una distribución temporal de los hijos, que permanecen con cada uno de los progenitores por períodos alternos de días, meses o años. 3. Cuando los hijos permanecen constantemente en el domicilio familiar y son los padres los que periódicamente se trasladan a la vivienda para atenderlos o se alternan en ella.⁷¹

⁷¹ MONSERRAT QUINTANA A. “*La custodia compartida en la nueva Ley 15/ 2005, de 8 de julio.*” *Diario La Ley*, 2006. *Página 6*. << El régimen de custodia compartida en el que son los progenitores los que periódicamente se trasladan a la vivienda o se alternan en ella mientras los menores permanecen constantemente en el domicilio familiar, ha venido siendo utilizada en los países anglosajones recibiendo el nombre de “custodia de nido de pájaro” (birds nest custody), siendo, no obstante, una modalidad de muy difícil ejecución puesto que requiere que la unidad familiar disponga de al menos dos o tres viviendas para su correcta ejecución. >>

CAPITULO II

CUSTODIA COMPARTIDA

1. CUSTODIA COMPARTIDA O ALTERNADA

El término custodia compartida parece aludir a un ejercicio simultáneo en lo referente tanto al ámbito espacial como temporal del desempeño de las funciones de cuidado, protección y educación inherentes a la responsabilidad parental. No obstante, en las situaciones de crisis matrimoniales la ruptura convivencial entre los progenitores impide de facto esta simultaneidad espacial y temporal, con lo que el término de “custodia compartida” resulta extremadamente impreciso habida cuenta de que en la práctica las funciones que integran el contenido de la responsabilidad parental se ejercen de forma temporalmente alternativa por cada uno de los progenitores en los respectivos períodos de tiempo en que éstos convivan con los menores.⁷²

Ya en la tramitación parlamentaria de las reformas llevadas a cabo en 2005 la acepción “custodia compartida” suscitó una viva polémica entre los que sostenían que el término correcto debería ser el de “custodia alterna, alternada o sucesiva” habida cuenta de la imposibilidad de que el menor continuase conviviendo físicamente con ambos progenitores una vez producida la separación o la ruptura.⁷³ Frente a los que defendían el término de “custodia compartida” por entender que dicha terminología aludía a la corresponsabilidad que debía existir entre los progenitores aún después de la ruptura convivencial. Postura ésta que acabó imponiéndose pese a las voces

⁷² MORÁN GONZÁLEZ M. I. “*El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor.*” En TAPIA PARREÑO J. J. (Dir.) “Custodia compartida y protección de menores.” Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009. Página 91. << La guarda conjunta o el ejercicio compartido de la guarda y custodia no nace ex novo en el momento de su regulación, ya que existen sentencias donde ya se acordaba este régimen de alternancia con uno u otro progenitor en procesos de mutuo acuerdo, y en ocasiones excepcionales en procedimientos contenciosos ante la inexistencia de regulación que impidiera su adopción. >>

⁷³ SAN SEGUNDO MANUEL T. “*Maltrato y separación: repercusiones en los hijos.*” En TAPIA PARREÑO *Op. Cit.*, Página 141. << Se parte de un error de planteamiento y terminología. La custodia compartida sólo cabe cuando el núcleo familiar está unido. Se puede compartir la responsabilidad o la patria potestad, pero en ningún caso la custodia. Si los padres están separados la custodia la ejerce uno u otro, pero no la comparten. Sería más exacto, por tanto, hablar de custodia alternativa. >>

discordantes, evidenciando, a nuestro juicio una falta de coherencia entre los términos empleados y la concepción de los mismos.⁷⁴

Hay posiciones doctrinales que van más allá y abogan por la sustitución de los términos “guarda y custodia” y su reemplazo por los de “reparto de tiempo de convivencia”⁷⁵ o por los de “distribución racional del tiempo de convivencia.”⁷⁶

A nuestro juicio, la opción más adecuada sería la de “custodia alterna o alternativa” toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal.

En este sentido, en el marco del concepto de custodia compartida, el ejercicio de la custodia será en realidad, alternado o por períodos alternos- más o menos largos, o más o menor breves- en función de los períodos de tiempo establecidos en el convenio regulador aprobado judicialmente mediante sentencia, o dictados en la propia resolución judicial que pone fin al proceso de separación o divorcio de carácter contencioso.⁷⁷

La custodia compartida o alternada ha sido objeto de diversas concepciones, así Lathrop Gómez⁷⁸ la define como << Aquel sistema familiar posterior a la ruptura

⁷⁴ GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil”, *Op. Cit.*, Páginas 135-154. << Ni la guarda exclusiva ni la guarda alterna son el modelo perfecto adaptable a todas las circunstancias que pueden originarse en la realidad social, que es rica en diversidad; pero por esta misma razón, conviene valorar positivamente la incorporación al Código civil de un sistema que, si bien puede no responder a lo que todavía es hoy mayoría, es apto, en determinados supuestos, para dar nuevas respuestas a viejos problemas.”

⁷⁵ PERÉZ MARTÍN A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores.” En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L y otros, “Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar.” Edit. Dykinson, Madrid, 2002. Página 114.

⁷⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración a la custodia de los hijos,” en *VVAA, Temas de actualidad en Derecho de Familia*. Edit. Dykinson, Madrid, 2006. Páginas 58-60.

⁷⁷ ROMERO COLOMA A. M. “La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos.” En *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 814/2011 (*Opinión*), Pamplona, 2011. Página 1.

⁷⁸ LATHROP GÓMEZ F. “Custodia compartida de los hijos.” Edit. *La Ley Actualidad*, Madrid, 2008. Página 277.

HERNANDO RAMOS S. “El informe del Ministerio Fiscal en la guarda y custodia compartida.” *Diario La Ley*, núm. 7206, Sección Tribuna, 29 de junio 2009. En TAPIA PARREÑO J. J. (Dir.) *Op. Cit.*, Página 92. << La custodia compartida es la asunción compartida de autoridad y responsabilidad, de derechos y obligaciones, entre los padres separados en relación a todo cuanto concierne a los hijos comunes. >>

DE LA IGLESIA MONJE M. I. “Custodia compartida de ambos progenitores.” En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, julio-agosto 2007. Página 1822. << La guarda y custodia compartida es la situación legal mediante la cual, en caso de separación matrimonial o divorcio- o situación análoga en

matrimonial o de pareja que, basado en el principio de corresponsabilidad parental, permite a ambos progenitores participar activa y equitativamente en el cuidado personal de los hijos, pudiendo en lo que a residencia se refiere, vivir con cada uno de ellos durante lapsos más o menos predeterminados. >>

También Guilarte Martín-Calero ⁷⁹ ha señalado que << La guarda y custodia compartida consiste en la alternancia de los progenitores en la posición de guardador y visitador (propios de la guarda exclusiva) lo que les coloca en pie de igualdad y garantiza el derecho del menor a ser educado y criado por sus dos progenitores pese a la ruptura de pareja. >>

No obstante, la adopción del régimen de custodia compartida o alterna no ha de circunscribirse únicamente a la voluntad de ambos progenitores, sino que su ámbito de aplicación también debe contemplar los supuestos en los que la autoridad judicial resuelva la implementación de dicha figura jurídica en una situación de crisis familiar. A nuestro juicio, el sistema de custodia compartida o alterna es una modalidad que prioriza el respeto y la colaboración entre los progenitores al objeto de facilitar la más frecuente y equitativa comunicación entre ambos, en aras al mejor interés de los menores implicados en un proceso de separación o divorcio, propiciando, así mismo, entre los progenitores una distribución equitativa y proporcional de las satisfacción de las necesidades materiales de los menores, así como de la atención, cuidado y protección que los mismos requieren.⁸⁰

parejas de hecho- ambos progenitores ejercen la custodia legal de los hijos menores de edad, en igualdad de condiciones y derechos sobre los mismos. >>

DE PÁRAMO ARGUELLES M. “*La guarda y custodia compartida: ¿Una medida excepcional en nuestro Derecho positivo?* En *Revista de Derecho Vlex*, núm. 75, diciembre de 2009. Página 3. << El ejercicio de la guarda y custodia compartida consiste en establecer un régimen alternativo de convivencia con uno u otro progenitor, por semanas, meses o números de días alternos, en una u otra vivienda. >>

PEREZ UREÑA A. A. “*El interés del menor y la custodia compartida.*” En *Revista de Derecho de Familia*, núm. 26, 2005. Página 275. << La guarda y custodia compartida es aquel modelo de guarda en el que ambos progenitores se encargan de forma periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos menores. >>

⁷⁹ GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “*Comentarios al nuevo artículo 92 del Código civil.*” *Op. Cit.*, Página 156.

⁸⁰ STS 619 /2014, de 25 de abril de 2014, (rec.1359/2013) señala que: “La custodia compartida exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos.”

2. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA VERSUS LA GUARDA Y CUSTODIA MONOPARENTAL

La palabra custodia define, por tanto, el derecho y el deber de un progenitor de mantener a sus hijos en el hogar familiar, así como el derecho y el deber de atender sus necesidades y prodigarles los cuidados que precise cada día. Pero, la separación conlleva necesariamente la alternancia en la custodia, dado que ambos padres han de ejercer la función parental respecto de sus hijos, con independencia del modo de alternancia establecido para ello.⁸¹

Así pues, en el ámbito de los procedimientos matrimoniales de separación o divorcio una de las cuestiones más complejas con las que nos encontramos es el reparto del tiempo de convivencia, cuestión en la que habrán de valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto de los menores, el entorno familiar, la voluntad de los implicados en el proceso de separación o divorcio, así como su respectiva capacidad comprensiva de la ruptura conyugal, su arraigo al lugar donde se halle la vivienda familiar.....Deben conjugarse, por tanto, aquellos elementos que integran el interés objetivo de los menores, en cuanto utilidad o mayor ventaja que pudiera reportarle, con aquellos elementos que integran el interés subjetivo, entendiendo por tales, cualquier beneficio que se corresponda con una inclinación del propio menor, de sus deseos o aspiraciones, atendiendo siempre a sus concretas circunstancias personales. En definitiva, la resolución que se adopte debe pretender que los menores resulten afectados de la menor manera posible por la crisis de sus progenitores.⁸²

⁸¹ El TEDH se ha pronunciado en materia de custodia en la Sentencia de 13 de julio de 2000 en el asunto Elsholz contra Alemania (STEDH 2000/ 152) (LA LEY 144430/ 2000) Esta mutación ha supuesto el abandono de un concepto tradicional de «familia», construido a partir del matrimonio y de unos derechos y obligaciones basados en la unión conyugal, en aras a un concepto moderno de «vida familiar» que, como recuerda la Gran Sala del Tribunal, «no se circunscribe únicamente a las relaciones basadas en el matrimonio y puede incluir otras relaciones "familiares" fácticas en las que las personas conviven fuera del matrimonio»

⁸² STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.890/ 2014) (LA LEY 10275/ 2015) El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio presentada, atribuyendo a la madre la custodia exclusiva del hijo común, y otorgando un régimen amplio y flexible de visitas a favor del progenitor paterno. La AP de Sevilla desestimó el recurso de apelación por entender en su FDD tercero que el grado de conflictividad entre los progenitores era contrario al clima de diálogo, comunicación y entendimiento necesarios para el establecimiento de un régimen de custodia compartida, que a la postre se convertiría en un semillero de problemas que incidiría negativamente en la estabilidad del menor. La STS, no obstante, estimó el recurso de casación interpuesto, y acordó un régimen de custodia compartida en el que el reparto del tiempo

Así pues, uno de los principales objetivos de la tarea judicial en los supuestos de ruptura conyugal, es la satisfacción del interés de los hijos menores, para lo cual el magistrado, habrá de confiar la guarda y custodia a aquel progenitor que mejor se adapte a las necesidades del menor. No obstante, la situación se vuelve circular al no definirse las necesidades del menor con excepción de las económicas a través de la figura de la pensión alimenticia del artículo 90 del CC, y aún más, se espera que el menor hubiese de resolver el ajuste entre sus necesidades y las habilidades del padre custodio cuando se trataba de menores mayores de doce años (antiguo artículo 92 del CC y artículo 9.2 de la LO 1/ 1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor) La cuestión esencial, radica por tanto en qué criterios deben ser aplicados ante la decisión de otorgar la custodia de los menores en favor de uno, o en su caso, ambos progenitores. Siendo obvio, la dificultad inherente a tal decisión, máxime cuando, entre otros aspectos, ésta debe reunir los requisitos de idoneidad necesarios que permitan la protección eficaz del interés superior del menor, al tiempo que sería deseable que dicha decisión contribuyese a facilitar las relaciones futuras de todos los implicados en un procedimiento de separación o divorcio.

El artículo 159 del CC ⁸³establecía que: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oír, antes de tomar esta*

atendería a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores. En esta sentencia el TS realiza una pormenorización de lo que pueden considerarse gastos extraordinarios (se abonarán al 50% por ambos progenitores) y lo que puede considerarse gastos ordinarios a abonar respectivamente por los progenitores, así señala el TS:” Se entiende por gastos extraordinarios: las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico; determinados gastos médicos: odontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia), logopeda, psicólogo, prótesis, fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que pudieran tener las partes.

Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia: los de vestido, educación (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA.....)ocio, excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor. Son gastos ordinarios no usuales: las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, baile, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones (tales como la primera Comunión...)Los gastos de colegio privado deben ser consensuados de forma expresa y escrita para poder compartir el gasto, y a falta de acuerdo serán sufragados por quien haya tomado la decisión de forma unilateral, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para poder compartir el gasto, al no revestir carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de la acción del artículo 156 CC, si la discrepancia estriba en si deben o no los menores realizar la actividad. En cualquier caso, los anteriores listados no tienen carácter exhaustivo. “

⁸³ La disposición derogatoria única del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº 173, de 20 de julio de 2013) señala en su número 1: “Queda sin contenido el artículo 159 CC.”

*medida a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso a los mayores de doce años.”*⁸⁴

Se desprende del precepto que el legislador dejaba una inicial libertad y discreción a los cónyuges para que decidan con cuál de ellos, o en qué otra forma, hayan de quedar sus hijos, por entender que son los propios progenitores los que mejor los conocen y, en razón de ello, y de su convivencia anterior, también sus necesidades, sus gustos o preferencias, y, por tanto, quiénes están en mejores condiciones para interpretar, con tales datos, su verdadero interés. Si bien, los acuerdos entre los cónyuges en el curso del proceso matrimonial, o en ejecución de sentencia encuentran su límite en la exigencia de que no sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y en todo caso deben ser aprobados por el juez para que alcancen valor normativo en el proceso matrimonial, y sean ejecutables. Se trata, por tanto, de una disponibilidad limitada y controlada: no es verdadera disponibilidad en el sentido técnico jurídico de la palabra.⁸⁵

Siguiendo a García Rubio⁸⁶ y Ivars Ruíz⁸⁷, podemos atisbar, de un modo orientativo, una serie de etapas diferenciadas en lo que respecta a la evolución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad. Una primera etapa comprendería los años 1981-1990 en los que podemos apreciar una clara preferencia materna en la atribución de la guarda y custodia de los hijos.⁸⁸ Tendencia que se asienta, de un lado, en la

⁸⁴ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio modifica algunos artículos del CC, en concreto los artículos 90, 91, 92, (añade un 92 bis) 93, 94, 95, 96, 97, 100, 102, 103, 142, 152, 156, 163, 170 y 1396 CC.

⁸⁵ RIVERO HERNÁNDEZ F. *“Las relaciones paterno- filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y cuidados, y régimen de visita) como contenido del Convenio regulador.”* EN ARREGUI GIL y otros, *Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno- filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*. Edit. EUNSA, Pamplona, 1979. 2ª Edición. Página 69.

⁸⁶ GARCÍA RUBIO M. P. *“Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005”* Revista Jurídica de Castilla y León, nº 8, febrero, 2006. Páginas 75-79.

⁸⁷ IVARS RUÍZ J. *“Falta del debido ajuste en la terminología utilizada. Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y jurisprudencia.”* 2ª Edición, Valencia, 2008. Páginas 179-181.

⁸⁸ BAUSERMAN R. *“Child Adjustment in Joint- Custody versus Sole- Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review.”* Journal of Family Psychology, Vol. 16, núm. 1, 2002. Páginas 91-102 << En este trabajo se incluyeron los estudios realizados entre 1982- 1999, sobre una muestra global de 1846 menores que estaban sometidos a un régimen de guarda exclusiva (preferentemente materna) y 814 menores que convivían en régimen de guarda y custodia compartida. Para incorporar a un resultado global las conclusiones heterogéneas de los diversos estudios llevados a cabo, se estableció el concepto de adaptación, “adjustment” en sus diversos tipos: de comportamiento, adaptación emocional, de autoestima,

corriente psicológica imperante que consideraba la figura materna como la idónea para el cuidado de los hijos menores, y de otro, en la redacción del artículo 156 CC que parecía respaldar esta orientación al señalar que: *“Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales proveyera de otro modo.”*

Una segunda etapa comprendería, a juicio de estos autores, los años 1990-2000, en los que se aprecia un progresivo reconocimiento de la aptitud paterna para el ejercicio de la guarda y custodia de los menores, entre otros debido a la Ley 11/ 1990, de 15 de octubre, de modificación del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, y con la que se da nueva redacción al artículo 156 CC, haciéndose desaparecer el umbral de los siete años de edad y con ello el automatismo legal anterior.⁸⁹

Otra tercera etapa que, según Ivars Ruíz, comprendería los años 2000-2005, en la que se fortalece la idea de análoga aptitud de los padres como progenitores custodios que se venía ya percibiendo en resoluciones judiciales de los años anteriores, al tiempo que se produce un aumento progresivo en el reconocimiento de un cada vez más amplio

de relaciones familiares, de rendimiento académico..... El resultado de los diversos estudios realizados concluía que los menores en régimen de custodia compartida mostraban mayores niveles de adaptación que los menores en régimen de custodia exclusiva (fundamentalmente materna) >>

SHILLER VIRGINIA M. *“Joint versus Maternal Custody for Families with Latency Aged Boys: Parents Characteristics and Child Adjustment.” American Journal of Orthopsychiatry, Vol. 56, núm. 3, 1986. Páginas 486-489* << El objeto del estudio era determinar las posibles diferencias de adaptación psicosocial de un grupo de menores de entre 6 y 11 años, según se hallasen en régimen de custodia compartida o en régimen de custodia exclusiva. Se aplicaron diversos instrumentos para determinar la prevalencia y gravedad de los problemas emocionales en los menores, con la participación de progenitores y profesores. El estudio concluyó que existían niveles significativamente más bajos de problemas emocionales y de comportamiento en los menores que convivían en régimen de custodia compartida frente a los que convivían en régimen de custodia exclusiva. Así mismo también se declaraban mejores niveles de adaptación escolar respecto de aquellos menores que se hallaban en régimen de custodia compartida. >>

⁸⁹ GUNNOE MARJORIE LINDNER y BRAVER SANFORD L. *“The effects of joint legal custody on mothers, fathers, and children controlling fr factors that predispose a sole maternal versus joint legal award.” Law and Human Behaviour, Vol. 25, núm. 1, 2001. Páginas 25-43* << Estudio basado en una investigación longitudinal de 254 familias integradas por niños pequeños (menores de doce años), que se hallaban en proceso de divorcio, llevado a cabo en Phoenix (Arizona) El seguimiento longitudinal se llevó a cabo mediante la realización de entrevistas a ambos progenitores en las semanas siguientes a la presentación de las demandas de divorcio, y posteriormente, un año, y tres años después de la primera entrevista realizada. El estudio señala que con respecto al balance de riesgos y beneficios de la custodia compartida, las conclusiones que se obtuvieron aportaban más indicios de beneficios que de riesgos. Así mismo, concluía dicho estudio, que la investigación realizada no había hallado pruebas de efectos adversos del régimen de custodia compartida en la adaptación de los menores a dicho régimen de convivencia. >>

derecho de visitas a favor del progenitor no custodio. Y finalmente una cuarta etapa iniciada con la promulgación de la Ley 15/ 2005, de 8 de julio y la consiguiente modificación de los artículos 90, 92, y 103 CC, en los que se ubican nuevas reglas sobre el ejercicio de la custodia.⁹⁰

Un estudio de 1000 sentencias de todo el territorio nacional llevado a cabo en el año 2001 por Fariña Rivera, Arce Fernández y Seijo Martínez⁹¹ evidenció que las decisiones judiciales en el establecimiento de la guarda y custodia, y el régimen de visitas se tomaban de manera estereotipada: el progenitor custodio era la madre, excepto cuando ésta no lo solicitaba, por mutuo acuerdo de los progenitores o cuando existía causa de incapacitación en la madre; estableciéndose, así mismo, un régimen de visitas de fines de semana alternos y mitad de los períodos vacacionales de los menores respecto al progenitor paterno. Esta situación ponía de relieve que no era sino el interés de los progenitores, y no el mejor interés del menor,⁹² lo que parecía tenerse principalmente en cuenta a la hora de adoptar una decisión judicial ⁹³ sobre el sistema

⁹⁰ FABRICIUS W. V. y LUECKEN L. J. "Postdivorce Living Arrangements, Parent Conflict, and Long-Term Physical Health Correlates for Children of Divorce." *Journal of Family Psychology*, Vol. 21, núm. 2, 2007. Páginas 195-205 <<Estudio basado en una muestra inicial de 1154 menores, de los que 216 eran menores de dieciséis años cuando sus padres se divorciaron. Estos 216 menores constituyeron la muestra final para el estudio realizado. Una de las conclusiones obtenidas en el susodicho estudio concluyó que a medida que se incrementaba el tiempo de convivencia con los progenitores hasta alcanzar una situación de custodia compartida, el nivel de conflicto interparental se reducía, mejorándose las relaciones a largo plazo entre los menores y sus progenitores. Así pues, en tanto que la custodia exclusiva favorecía mayores niveles de conflictividad, el régimen de custodia compartida de los menores reducía esos niveles de conflictividad. >>

⁹¹ FARIÑA RIVERA F., ARCE FERNÁNDEZ R., SEIJO MARTÍNEZ D. "Razonamientos Judiciales en procesos de Separación: análisis cognitivo y de contenido de las motivaciones." Edit. Psicothema, 2005, Volumen 17, núm.1. Páginas 57-63.

⁹² STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (rec.1395/ 2010) (LA LEY 72578/ 2012) en que se solicita un cambio en las medidas de separación relativa a la guarda y custodia de los menores, pidiendo el progenitor paterno que se estableciese un régimen de guarda y custodia compartida. Entendiéndose por el Tribunal que la motivación contenida en la sentencia recurrida no tiene en cuenta más que de forma retórica el interés del menor, por lo que no es suficiente para justificar la negativa al establecimiento de la guarda y custodia compartida. Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Palma de Mallorca y la AP de Palma de Mallorca Sección 4ª, estimaron la demanda de divorcio y entre otros pronunciamientos atribuyeron la guarda y custodia de los menores a la madre. El TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por el progenitor paterno, y casó la sentencia recurrida y acordó la guarda y custodia compartida de las menores. El TS señalaba que "La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE, y en este sentido, ha señalado el TC, que la motivación ha de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las decisiones."

⁹³ El párrafo segundo del artículo 218 LEC establece que: "Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho, y todo ello, ajustándose a las normas de la lógica y de la razón."

de guarda y custodia, dado que con la aplicación de soluciones estandarizadas no se valoraba suficientemente la realidad concreta de cada menor de edad inmerso en un proceso de separación o divorcio.⁹⁴ Obviándose, por tanto, que a la hora de adoptar una decisión judicial sobre el establecimiento del régimen de guarda y custodia de los hijos menores, resulta imprescindible que se lleve a cabo una evaluación de las capacidades de ambos progenitores para afrontar el cuidado, educación y crianza de los menores, así como una valoración del funcionamiento y necesidades psicológicas de cada niño, que variaran en función de múltiples condicionantes, tales como la edad, la capacidad de madurez de cada menor, las circunstancias emocionales y físicas de cada niño..... Así mismo, será también precisa una evaluación de la habilidad funcional de cada progenitor para satisfacer estas necesidades que necesariamente habrá de incluir un análisis de la interacción entre cada adulto y el menor.⁹⁵

En esta línea, la STS 96/ 2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.2827/ 2013)⁹⁶ en la que se solicita por el progenitor paterno un cambio en las medidas de separación relativas a la

En la STS de 25 de mayo de 2012(rec.1395/ 2010) se alegaba falta de motivación porque no se tiene en cuenta el interés del menor más que de forma retórica.

⁹⁴ En esta línea, las decisiones judiciales en los procedimientos en que se hallen implicados menores deberán ser motivadas, y habrán de guiarse por un criterio decisonal orientado a las necesidades del menor, las habilidades de los padres y al mejor ajuste entre ambas. STC 77/ 2000, 27 de marzo (rec.3791/ 1995) (LA LEY 6732/2000) “La motivación ha de ser la conclusión a una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones judiciales.”

⁹⁵ STS 252/2011, de 7 de abril de 2011 (rec.1580/ 2008) (LA LEY 14425/ 2011) en el recurso de casación se plantean dos cuestiones, la primera relativa a la vinculación del Juez por los dictámenes emitidos por los informes psicosociales que habían sido favorables a la adopción del régimen de guarda y custodia compartida. Y la segunda cuestión, era si habiendo sido el marido condenado por un delito que no constituía un supuesto de violencia de género, esto podía usarse como argumento para no acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Respecto a la primera cuestión, los informes técnicos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.9 CC el Juez puede pedir son de gran importancia a la hora de acordar uno u otro régimen, dado que el Juez habrá de valorarlos en aras de formarse una opinión sobre la conveniencia o no de adoptar el régimen de guarda y custodia compartida. Y respecto a la condena por amenazas al otro cónyuge, el TS entendió que pese a no estar dicho delito incluido en la lista contenida en el párrafo 7 del artículo 92 CC, si constituye un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, por lo que no resultaría procedente la guarda conjunta. El Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca otorgó la guarda y custodia compartida de los dos hijos a ambos progenitores. La AP de las Illes Balears revocó en este punto la sentencia apelada y atribuyó a la madre la guarda y custodia. El TS desestimó el recurso de casación presentado por el progenitor paterno, alegando el TS que “Las sentencias judiciales deberán ser motivadas para evitar la arbitrariedad.”

⁹⁶ STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.2827/ 2013) (LA LEY 4585/ 2015) Se formula recurso de casación por infracción del artículo 92 CC, considerándose por el recurrente que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor y se ha vulnerado la jurisprudencia del TS establecida en la STS de 29 de abril de 2013, donde expresamente se señalaba que la interpretación del artículo 92 CC en sus apartados 5, 6 y 7 debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren algunos de los criterios reiterados por esta Sala: la práctica anterior de sus progenitores

guarda y custodia del hijo menor de edad, el TS critica la sentencia recurrida por entender que: << pese a reconocerse en dicha sentencia que ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, incluida la disponibilidad horaria, así como un alto interés por el bienestar del menor, y siendo además deseable la normalización de relaciones entre el menor y su progenitor paterno, y de aquel con su medio hermana. Sin embargo, alega que no existe ningún dato que permita ratificar que el cambio a un régimen de custodia compartida vaya a suponer para el menor mayor beneficio que el que le reporta el mantenerse bajo la custodia materna.>> La STS estima el recurso por entender que la resolución recurrida impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del progenitor paterno que sorprende que no se adoptara la custodia compartida puesto que el cambio para el menor sería mínimo y sin duda, más beneficioso desde la idea de que serviría para normalizar las relaciones entre el menor y la hija de su padre, habida de una nueva relación sentimental. Entendiendo el TS que el establecimiento del régimen de custodia compartida va a fomentar la integración del menor con ambos progenitores, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia, y estimulándose así mismo la cooperación entre ambos en beneficio del menor, una situación que por otro lado ya se venía desarrollando con eficiencia.

Así pues, uno de los principales problemas que ha de afrontarse a la hora de adoptar una decisión judicial sobre el establecimiento de un determinado régimen de guarda y custodia, es el de evitar caer en determinados estereotipos sociales o en arraigadas creencias individuales que, en ocasiones, distan mucho de la realidad social actual y que poco o nada tienen que ver con la satisfacción de los intereses de los menores de edad implicados en un complejo proceso de separación o divorcio.⁹⁷ En este sentido, el sistema de guarda y custodia compartida permite a los progenitores no sólo interesar esta forma de guarda, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a

en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por lo menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleve a cabo cuando sus progenitores convivan.

⁹⁷ SAN SEGUNDO MANUEL T. “Maltrato y separación: repercusiones en los hijos.” En *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2010. Página 145 << La puesta en marcha del modelo de custodia compartida presenta importantes dificultades desde el punto de vista material y económico. >>

través de un plan en el que habrán de ajustarse las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas, así como los criterios y las ventajas que va a tener para los menores la adopción de dicho régimen de custodia, que pasa no solamente por determinar la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros muchos aspectos relativos a la toma consensuada de decisiones referentes a la educación, salud, educación y cuidado de los menores.⁹⁸

Actualmente persiste la controversia acerca de qué sistema de custodia es más beneficiosa para los menores, discutiéndose acerca de las ventajas e inconvenientes tanto de la guarda y custodia compartida, como de la custodia mono parental, inclusive respecto a ésta última, algunos autores abogan expresamente por la custodia materna, frente a la paterna, como criterio que viene a satisfacer mejor el interés del menor. En este sentido, se ha afirmado que el legislador presume la conveniencia de la custodia materna, como más apta que la del padre para cuidar de los hijos de corta edad, presunción que sólo debe ceder por motivos graves y excepcionales. Así, para excluir la guarda de la madre no bastará que la paterna aparezca como más beneficiosa, sino que será preciso acreditar la existencia de causas que justifiquen que la madre, por las circunstancias que en ella concurren, no deba ejercer la guarda, pues de estas causas, razonablemente, podrá derivarse un perjuicio para el menor.⁹⁹

También en esta línea, se ha argumentado que la madre está, normalmente, en mejores condiciones para atender a los niños de corta edad, siendo ésta una realidad social que el legislador se ha limitado a reconocer.¹⁰⁰

En contra, otros autores han afirmado que, la atribución a la madre de la guarda no deriva de razones psicológicas ni de la propia naturaleza, ni se puede admitir que ésta sea portadora de dotes, facultades o cualidades especiales que hagan indispensable tal

⁹⁸ GOLDSTEIN JOSEPH I. “¿El interés superior de quién?” En BELOFF M. (Compiladora) “Derecho, Infancia y Familia.” Edit. Gedisa, Barcelona, 2000. Páginas 116-117. << Las palabras acuerdo en el contexto del interés superior del niño no significan un acuerdo legalmente impuesto o una muestra de un acuerdo que camufla el poder coercitivo del Estado. Significa real, y probablemente poco frecuente, acuerdo en el que ambos padres comparten el cuidado y la custodia del niño y cooperan con el otro para ayudarlo a satisfacer su rol paterno a pesar de no haber podido encontrar una base satisfactoria para vivir juntos. >>

⁹⁹ SEISDEDOS MUIÑO A. “La patria potestad dual.” Servicio Edit. de la UPV / EHV. Bilbao, 1981. Página 239

¹⁰⁰ LINACERO DE LA FUENTE A. “Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil.” RDP, 1990, julio- agosto. Página 577.

atribución. Ciertamente, el elemento materno aporta una parte esencial en la formación y desarrollo de los hijos, de la misma forma que el padre aporta otra parte esencial, igualmente insustituible.¹⁰¹

Tampoco faltan autores que manifiestan su postura crítica frente al régimen de guarda y custodia compartida,¹⁰² afirmando que la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad, entendida como valor que es necesario acrecentar, no es algo que pueda calificarse, precisamente, de ortodoxo, dado que dicha potestad es un poder conferido en beneficio de otro u otros- los hijos- y compuesto por un conjunto de deberes y facultades cuyo ejercicio y defensa- en contra de lo que sucede al titular de un derecho subjetivo- no viene encomendada al titular de las mismas, cuyo interés, en todo caso, cede frente al interés preferente de los hijos. La custodia compartida se nos plantea como posibilidad aparentemente sencilla, que los padres pueden acoger por sí solos, y ello pese a que la custodia implica compañía, convivencia, proximidad, contacto directo e inmediato, cotidiano con los hijos, todo lo cual, en casos de crisis matrimonial, difícilmente es compatible con la separación de lecho, mesa y habitación entre los progenitores. No obstante, según esta postura, se constata que la custodia compartida es, a la postre tutela repartida, alterna, en la que los hijos van de un lado a otro, con la consiguiente alteración de su vida cotidiana y de la monotonía que la misma conlleva, considerable y considerada como un bien. Es la custodia compartida una solución de compromiso de los padres, cuando no como medio para conservar expectativas ciertas, aunque parciales, al uso de la vivienda familiar. Así pues, se habla de custodia compartida, tanto o más que el interés del hijo se piensa en el interés de los cónyuges o, más precisamente aún, en el interés del cónyuge al que no se ha asignado la custodia del hijo o teme él que no se le asigne,

¹⁰¹ BENAVENTE MOREDA P. “La custodia de los hijos menores de edad. El artículo 159 del Código civil tras la Ley 11 de octubre de 1990.” *Revista Jurídica de Castilla- La Mancha* nº 11- 12, 1991. Páginas 137- 142.

¹⁰² GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil” En GUILARTE GUTIÉRREZ V. (Dir.) “Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/ 2005, de 8 de julio)” Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005. Página 148. << Se trataba de una decisión política arriesgada para la que, acaso, no se halla del todo preparada la sociedad española y, desde luego y como se verá, no todas las familias, en el momento de la ruptura, presentan las condiciones materiales y psico-afectivas que aconsejan la adopción de este modelo de custodia. >>

interés éste que siendo legítimo, cede, en caso de conflicto, ante el interés preferente del hijo en cuestión.¹⁰³

Esta postura de rechazo frente a la implementación de la custodia compartida, se basa a juicio de un sector doctrinal en que la imposibilidad del régimen de guarda y custodia compartida radica en la dificultad práctica de su realización.¹⁰⁴

A la vista de las diferentes perspectivas expuestas sobre la dispar valoración que tanto el régimen de custodia monoparental como el de custodia exclusiva suscitan entre los autores, se han venido utilizando por parte de jueces y magistrados una serie de criterios¹⁰⁵ que pretenden ponderar las diversas directrices que han de ser tenidas en cuenta a la hora de valorar qué régimen de guarda y custodia ha de establecerse en aras a satisfacer el mejor interés de los menores implicados en la ruptura conyugal. Entre los criterios utilizados por jueces y magistrados podemos destacar: El acuerdo y nivel de entendimiento entre ambos progenitores¹⁰⁶; la edad y los deseos del

¹⁰³ ROGEL VIDE C. “*Estudios de Derecho civil. Persona y Familia.*” Colección Jurídica General. Madrid, 2008. Páginas 295-296.

¹⁰⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA C. “*Matrimonio y Divorcio.*” Edit. Difusa, Madrid, 2005. Página 167. <<Teóricamente nada ostenta más justo que los dos padres compartan la guarda y custodia, sin preferir a ninguno..... Sin embargo, una cosa es la versión fotográfica de los propósitos del legislador y otra muy distinta llevarlos a la práctica. >>

¹⁰⁵ STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 (rec.2525/ 2011) (LA LEY 37196/ 2013) consagra como doctrina jurisprudencial que: <<La interpretación del artículo 92. 5, 6 y 7 CC, debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente; y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.>> En la que ambos progenitores solicitaron la guarda y custodia exclusiva para sí, alegando a tal efecto el informe del Ministerio Fiscal de “no oposición al régimen de guarda y custodia compartida” en preparación de apelación, arguyendo además que en el informe psicológico se mostraba que ambos progenitores tenían suficiente capacidad y voluntad para ejercer la maternidad/ paternidad responsable. En este caso, las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Elda y la AP de Alicante, Sección 4ª) estimaron parcialmente la demanda de divorcio y entre otras medidas, atribuyeron al padre la guarda y custodia de la hija del matrimonio. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre, y casó la sentencia recurrida en lo que se refería a la denegación de la guarda y custodia de la hija, aunque mantuvo dicho pronunciamiento pero por razones distintas a las señaladas por la SAP. >>

STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (rec.1395/ 2010) (LA LEY 72578/ 2012) En la que se estimó el recurso extraordinario por infracción procesal, entendiendo que la denegación por el Tribunal de Instancia del régimen de guarda y custodia compartida solicitada sólo por el padre no tuvo en cuenta el interés del menor.

¹⁰⁶ STS 154/2012, de 9 de marzo de 2012 (rec.113/ 2010) (LA LEY 31826/ 2012) señalaba que:” Resulta impropio el establecimiento de una custodia compartida dado el actual nivel de conflicto entre los progenitores, siendo el nivel de comunicación mínimo, lo que no garantiza la optimización de este tipo de guarda y custodia.”

menor¹⁰⁷; la existencia de un informe psicosocial a favor del padre custodio¹⁰⁸; la valoración de quién ha sido el cuidador habitual del menor, esto es, quién ha venido ejerciendo la función de cuidador a lo largo del tiempo de convivencia conjunta entre los progenitores y si ha desempeñado esa labor adecuadamente; la flexibilidad de los horarios de los progenitores para poder desempeñar adecuadamente la guarda y custodia del menor¹⁰⁹; el axioma de la no separación de los hermanos; la proximidad geográfica de los domicilios de los progenitores tras la ruptura de la convivencia conyugal;¹¹⁰ la existencia de una infraestructura de apoyo efectivo por parte de la

¹⁰⁷ STC 141/ 2000, de 29 de mayo (rec.4233/ 1996) (LA LEY 8805/ 2000) ha sancionado que:” Los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandone por completo a lo que puedan decidir aquéllos que tengan atribuida su guarda o custodia, cuya incidencia sobre el disfrute del menor a sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.”

SAP de Huesca, Sección 1ª, de 24 de enero de 2012 (nº 7/2012) (rec.312/ 2011) (LA LEY 4666/ 2012) La AP revoca parcialmente la sentencia de instancia dictada en autos sobre medidas en relación con el hijo menor de edad, en el sentido de dejar sin efecto la atribución al progenitor custodio del uso de la vivienda familiar y el pago por mitad entre los litigantes de las cuotas hipotecarias y demás gastos que gravan la vivienda, de reducir la cuantía de la pensión de alimentos a cargo de la madre y de alterar el régimen de visitas conforme a lo solicitado por la progenitora.

¹⁰⁸ STS 154/2012, de 9 de marzo de 2012 (rec.113/ 2010) (LA LEY 31826/ 2012) en la que se solicitó por el progenitor paterno con carácter principal la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad, y de forma subsidiaria la ampliación del régimen de visitas. El informe técnico psicosocial desaconsejaba el régimen de guarda y custodia compartida por entender que el nivel de conflicto entre los progenitores era bastante elevado y su nivel de comunicación mínimo, con lo que no se garantizaba la optimización de ese tipo de guarda conjunta, siendo aconsejable atribuir a la madre la guarda y custodia de la menor, y establecer un régimen amplio de visitas a favor del otro progenitor. El Juzgado de Primera Instancia nº1 de San Vicente del Raspeig declaró disuelto por divorcio el matrimonio de los litigantes, y acordó la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio. La AP de Alicante desestimó la pretensión de guarda y custodia compartida solicitada en el recurso de apelación interpuesto por el progenitor paterno. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

¹⁰⁹ STS 641/2011, de 27 de septiembre de 2011 (rec.1467/ 2008) (LA LEY 183864/ 2011) En la que se solicitaba en la demanda de divorcio la confirmación de las medidas acordadas en la sentencia de separación, excepto en lo referido a la custodia del hijo menor de edad, solicitándose que dicha custodia se atribuyera en exclusiva al progenitor paterno, por no estar, alegaba el demandante, el progenitor materno en situación de atender adecuadamente al menor debido a su ocupación profesional que se desarrollaba en horario nocturno, y por la que se veía obligada a recurrir a la ayuda de la abuela paterna para que se ocupase del menor, debiendo éste último pernoctar en dichas ocasiones en el domicilio de los abuelos paternos. El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón estimó parcialmente la demanda y entre otros pronunciamientos, estableció una custodia compartida del hijo menor común. La AP de Castellón, Sección 2ª, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de dejar sin efecto las medidas previstas, declarando aplicables en su lugar las dispuestas en la sentencia de separación, entre ellas la atribución de la guarda y custodia a la madre apelante. El TS desestimó el recurso de casación formulado por el progenitor paterno.

¹¹⁰ STS 642/2012, de 26 de octubre de 2012 (rec.1238/ 2011) (LA LEY 158044/ 2012) El Juzgado de Primera Instancia nº3 de Valladolid estimó parcialmente la demanda formulada por el padre y acordó mantener como definitivas las medidas acordadas en el procedimiento de medidas provisionales, en el que se fijó que si la madre residía en Valladolid se le atribuiría la guarda y custodia de la hija, pero si residía en Nueva York se atribuiría la guarda y custodia al padre. La AP de Valladolid revocó en parte la

familia paterna y materna que contribuya al bienestar de los menores; también los medios materiales de que cada uno de los progenitores dispone para cubrir las necesidades del menor; así mismo, son tenidas en cuenta por el Tribunal a la hora de otorgar un régimen de guarda y custodia, las declaraciones de diferentes testigos de los que pueda desprenderse a favor de uno u otro progenitor una mejor idoneidad para la custodia, debiendo también valorarse la posible concurrencia de enfermedades mentales o adicciones (alcoholismo, drogadicción o ludopatía) en alguno de los progenitores, e inclusive la existencia de antecedentes de abandono o maltrato a los hijos o a uno de los progenitores por parte del otro cónyuge. Otro criterio que se ha venido teniendo en cuenta por parte de los magistrados, es la existencia del denominado Síndrome de Alienación Parental. Este síndrome, en esencia, consiste en un trastorno o disfunción, en el que el niño manifiesta desprecio y crítica irracional hacia el progenitor no custodio, así como un descrédito exagerado e injustificado en función de la apreciación de una serie de síntomas, entre los que podemos mencionar: La existencia de una campaña de desaprobación hacia el padre alienado, con desaprobaciones frívolas y absurdas inducidas por el otro progenitor, pérdida de ambivalencia por parte del menor, ausencia de sentimientos afectivos hacia el progenitor alienado e inclusive sentimientos de odio hacia la familia extensa del progenitor alienado, todo ello con apoyo activo de estos síntomas por parte del progenitor alienador.¹¹¹

En esencia, el Tribunal habrá de evaluar todas las circunstancias personales, sociales, económicas y emocionales en que se halla el menor a fin de acordar el régimen de custodia que haya de resultar más beneficioso para el mismo, a nivel educativo,

sentencia del Juzgado de Primera Instancia y determinó que la guarda y custodia de la menor se atribuía a la madre, siendo ésta la que estaba facultada para decidir en todo caso el lugar de residencia de la hija. El TS estima el recurso de casación interpuesto por el padre, casa y anula la sentencia recurrida y repone las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia de apelación, con el fin de que la AP dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

¹¹¹ SAP de Murcia, Sección 1ª, de 16 de octubre de 2006 (nº 367/2006) (rec.168/ 2006) (LA LEY 142963/ 2006) señalaba que:” No existe razón alguna que pueda impedir que los abuelos se relacionen con el nieto, y si la madre persiste en indisponer al menor contra sus abuelos, habrá de plantearse en ejecución de sentencia la necesidad de un cambio permanente en la guarda, que puede incluso encomendarse a los abuelos.”

afectivo y emocional.¹¹² Y en este sentido, a la hora de establecerse el régimen de custodia que habrá de permitir la mejor realización del interés del hijo, resulta extremadamente importante, el análisis de la organización y dinámica familiar posterior a la ruptura de los cónyuges, siendo deseable que esta dinámica pudiera desarrollarse en un ambiente en el que pueda dotarse a los menores del afecto, cuidado y atenciones, esto es, del desenvolvimiento de las condiciones mínimas que garanticen el desarrollo emocional y psicológico de los menores. En esta línea, el régimen de guarda y custodia compartida vendrá favorecida por unas condiciones de natural cooperación entre ambos progenitores, mostrando cada progenitor una actitud respetuosa para con el otro, así como unos ideales educativos conjuntos.¹¹³ Así mismo, la ausencia de conflictividad, favorecerá la posibilidad de consensuar y acordar un específico régimen de guarda y custodia en función de las particulares circunstancias de cada caso concreto, y por ende, vendrá a redundar en el positivo desarrollo emocional y educativo de los menores implicados en un proceso de separación y divorcio. Así pues, el criterio decisivo para el establecimiento de un determinado régimen de guarda y custodia no ha de ser otro que el beneficio de los menores implicados en el mismo, por lo que habrá de estarse a cada supuesto concreto, debiendo de valorarse las circunstancias de cada caso individualmente considerado, de modo que pueda justificarse la adopción de dicho régimen de custodia, sin obviar la dificultad que entraña encontrar en el ámbito de las crisis matrimoniales dos situaciones de hecho equiparables dada la variedad de circunstancias y condiciones que pueden concurrir.

¹¹² NIELSEN L. "Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research." *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 54, Issue 8, 2011. Páginas 586-609 << En este estudio se incluyen supuestos de convivencia en régimen de custodia compartida en el que los menores pasaban, como mínimo, el 35% del tiempo con cada uno de sus progenitores. Del mencionado estudio se desprenden una serie de conclusiones generales respecto al bienestar de los menores: 1. La primera conclusión deduce que la mayoría de los menores en régimen de custodia compartida tenían un nivel de bienestar tan bueno o mejor que el de aquellos menores que convivían exclusivamente con uno de sus progenitores. 2. También se desprende del susodicho estudio que el régimen de custodia compartida resultaba beneficiosa para los menores con independencia del nivel de conflictividad entre los progenitores, o de que éstos hubieran sido o no excepcionalmente cooperadores, e inclusive con independencia de que el interés por compartir la convivencia con los menores fuese o no recíproca. 3. Finalmente se concluye que los jóvenes adultos que habían vivido en régimen de custodia compartida manifestaban que esa había sido la mejor solución de convivencia en contraste con la opinión que sostenían aquellos jóvenes que habían convivido con uno solo de sus progenitores tras el divorcio.

¹¹³ BAUSERMAN R. "Child Adjustment in Joint – Custody versus Sole – Custody Arrangements: A meta- analytic review." *Journal of Family Psychology*, Vol. 16, núm. 1, 2002. Páginas 91-102 << Los niños en régimen de custodia compartida física declaran tener niveles de satisfacción vital significativamente más altos que los niños que viven en cualquier otro régimen de convivencia. >>

3. CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEY 15/ 2015, DE 8 DE JULIO POR LA QUE SE MODIFICA EL CC Y LA LEC EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Previamente al análisis del contexto actual de la custodia compartida o alternada debemos realizar una especial referencia al proceso previo a la promulgación de dicha ley. El Proyecto de Ley aprobado en fecha 29 de noviembre de 2004, apuntaba a la corresponsabilidad de los padres en el desarrollo de los hijos. Así mismo, el inciso 5 del Anteproyecto de Ley por el que se modificaba el CC, en materia de separación y divorcio señalaba que: *“Los padres podrán acordar o en su caso, el Juez podrá decidir a instancia de parte y siempre en beneficio del menor, que la guarda y custodia sea ejercida por uno sólo de ellos o conjuntamente, procurando no separar a los hermanos.”* De este modo se facultaba a los progenitores para acordar en primera instancia el establecimiento de la custodia monoparental o compartida, y en caso de no establecerse ningún acuerdo, correspondía a la autoridad judicial acordar uno u otro régimen, estableciendo como parámetro el principio del favor filii.

De la redacción del precepto se inducía que la voluntad del legislador era el mantenimiento, en la práctica, de la custodia monoparental como principal régimen de custodia, habida cuenta de que en un amplio número de las crisis matrimoniales, éstas no se resuelven por mutuo acuerdo, situación que a priori inviabiliza la aplicación de la custodia compartida precisamente por falta de consenso. Añadiéndose, así mismo, que en la tramitación de un proceso contencioso existen, de ordinario, componendas de tipo económico que influyen negativamente en el interés de los menores de edad, por cuanto que pueden ser utilizados como instrumento arrojadizo en las disputas conyugales.

Nuestro CC, promulgó la Ley 15/ 2005, de 8 de julio por la que se modificaba el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio(BOE Nº 163, 9 de julio de 2005) y propuso una nueva redacción del artículo 92 del CC¹¹⁴ estableciéndose en su número 4 que: *“ Los padres podrán acordar en el convenio*

¹¹⁴ GARCÍA RUBIO M. P. / OTERO CRESPO L. *“Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005.”* Revista Jurídica de Castilla y León, nº 8, febrero, 2006. Página 104.

regulador o el juez podrá decidir en beneficio de los hijos que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges”¹¹⁵

La Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley de 17 de septiembre de 2004 justificaba la nueva redacción del precepto argumentando que: *“Se pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto del ejercicio de la patria potestad. En este sentido, se contempla expresamente que puedan acordarse, en el convenio regulador, que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos, o bien que cada uno de los progenitores la ejerza compartidamente”* ¹¹⁶

¹¹⁵ Artículo 92 CC:”1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo técnico judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.

7. No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos, tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

8. Excepcionalmente, aunque no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.”

¹¹⁶ GARCÍA RUBIO M. P. y OTERO CRESPO M. *“Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005”* en SAÉNZ HIDALGO I. (Dir.), *Revista Jurídica de Castilla y León*, Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006. Página 104. << El legislador de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo más directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que, como regla general, la relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier tipo de relación privilegiada con uno de ellos, la norma jurídica general fuera la cotitularidad y el coejercicio de todas las funciones tutivas, tanto si los padres viven separados, como si están separados. Lejos de tomar esta opción la Ley 15/ 2005 se ha conformado con mantener como criterio de normalidad el ejercicio unilateral de la potestad de guarda, limitándose a hacer posible la conjunta cuando ambos padres están de acuerdo en esa modalidad, lo que otorga al disconforme un derecho de veto inadmisibles desde la perspectiva del interés del menor. >>

Pese a que la regulación de la figura de la custodia alterna no tiene como objetivo la descalificación de la custodia monoparental, se ha criticado que de la nueva redacción del artículo 92 CC se infiere que prevalece la custodia monoparental como regla, y la custodia compartida como excepción.

Marín García de Leonardo ¹¹⁷ consideraba la regulación contenida en el artículo 92 CC como insatisfactoria, a decir de Marín García, la terminología del precepto es incorrecta, se aprecia falta de conexión entre los distintos párrafos y no se sabe muy bien para qué supuesto reserva el legislador la facultad decisoria del Juez, debiendo buscar una interpretación del artículo que coordine los parches parlamentarios para conseguir un resultado que satisfaga el interés del menor, que es en definitiva de los que se trata.¹¹⁸

En esta línea, un sector doctrinal¹¹⁹ ha manifestado que el legislador ha priorizado la regulación de dicho régimen de custodia compartida, haciendo énfasis en que

¹¹⁷ MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M. T: “*Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso*” *Diario La Ley*, Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009. Página 1448.

¹¹⁸ STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009 (rec.1471/ 2006) (LA LEY 192180/ 2009) sancionaba que: “Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil mantiene una cláusula abierta que obliga al Juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios , como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistema de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. Algunos sistemas jurídicos reservan la guarda y custodia compartida únicamente en los casos en que exista acuerdo entre los cónyuges (Alemania o Noruega), mientras que otros permiten al Juez otorgar dicha guarda en los casos de falta de acuerdo, siempre que se cumpla la regla del interés general del menor (Bélgica, Francia, Inglaterra, Gales y Escocia).

Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión de que, para determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor se están utilizando criterios tales como, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos, así como el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.”

¹¹⁹ Siguiendo a GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “*Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil*” *Op. Cit.*, Páginas 135-154.

LORCA NAVARRETE A. M. y DENTICI VELASCO N. M. “*La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar.*” Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005. Página 61. <<La solución aportada por la Ley 15/2005 no es respuesta y conduce a un ejercicio compartido de la guarda y custodia de los

supuestos no tiene que pactarse tal sistema de custodia, en vez de establecer los criterios objetivos y los requisitos necesarios que deben concurrir para su aplicación.

A nuestro parecer, la aportación fundamental de la Ley 15/ 2005, en lo relativo al régimen de guarda y custodia compartida, fue la de hacer visible un régimen que posibilita las relaciones de los menores en condiciones de paridad con ambos progenitores, al tiempo que respeta en gran medida el principio de igualdad entre ellos. No obstante, el legislador no realizó una correcta valoración de la figura de la custodia compartida, no pudiéndose discernir con claridad, si la voluntad del legislador fue la de hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel. Del análisis del texto normativo introducido por la Ley 15/ 2005 se desprende que el legislador introduce la figura jurídica de la custodia compartida como alternativa subsidiaria a la custodia monoparental, limitando su aplicación al acuerdo de los progenitores previa homologación por la autoridad judicial.

Pese a las limitaciones en su aplicación, la Ley 15 / 2005 ha venido a regular el régimen custodia compartida de forma expresa en el Código civil en consonancia con la regulación dada a este régimen por otros países del entorno europeo y acogiendo la línea marcada por el Reglamento de la Unión Europea 2201-03 (Reglamento 2201/ 2003 del Consejo de Europa de 27 de noviembre) en el que se señala expresamente que:<< en todas las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, el interés superior del niño debe ser la consideración preponderante y que la responsabilidad parental no se vea afectada ni por la disolución o la anulación del matrimonio u otra unión formalizada ni por la separación legal o de hecho de los padres. >>¹²⁰

hijos por ambos cónyuges pacata y timorata que propugna un pretendido cambio en el que sustancialmente nada cambia pues no se dice en la Ley 15/2005 absolutamente nada acerca de cómo se ha de articular y hacer posible el régimen de guarda y custodia continuado y compartido. >>

¹²⁰ GARCÍA RUBIO M.P y OTERO CRESPO M. “*Apuntes sobre la Referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005.*” En SÁENZ HIDALGO I. (Dir.) *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº8, febrero. Valladolid, 2006. Página 104 << El legislador de 2005 debió ser más valiente y abordar de modo más directo las normas relativas al ejercicio de la patria potestad, a fin de garantizar que, puesto que como regla general, la relación paritaria y simétrica con ambos padres protege mejor el interés del menor que cualquier otro tipo de relación privilegiada con uno de ellos, la norma jurídica general fuera la cotitularidad y el co-ejercicio de todas las funciones tuitivas tanto si los padres viven juntos, como si están separados. Lejos de tomar esa opción la Ley 15/ 2005 se ha conformado con mantener como criterio de normalidad el ejercicio unilateral de la potestad de guarda,

La regulación dada al artículo 92 CC por la Ley 15/2005, despierta mucha polémica y genera muchos reparos en cuanto a la aplicación de la custodia compartida, especialmente en lo que concierne a la determinación judicial de dicha figura jurídica. Señalándose que en el contenido de la reforma se pueden apreciar normas tanto de derecho sustantivo, como de derecho procesal que con carácter asistemático, y con deficiencias e incongruencias, contemplan los requisitos necesarios para la implementación del régimen de custodia compartida.¹²¹

El artículo 92 CC acoge el término guarda para aludir a la situación de convivencia con los hijos, incluyendo dos términos para referirse al mismo, así alude a la custodia compartida, en el párrafo quinto y en el octavo, en tanto que habla de guarda conjunta en el párrafo séptimo de dicho precepto. Ambas denominaciones han sido objeto de críticas por entender que la guarda no es conjunta ni se comparte, sino que se alterna.¹²²

No obstante, el artículo 92 CC no define la guarda y custodia compartida, el establecimiento de esta medida queda sujeta a que las condiciones para su establecimiento sean las idóneas para el interés de los menores, pero no menciona cuáles han de ser esas condiciones. El informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de 17 de septiembre de 2004 por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio establecía que: *<<debe ser el juez quién, en cada caso, valore la conveniencia o no, de la custodia compartida en sus distintas modalidades, teniendo en cuenta conjuntamente el interés del menor, en especial en lo que se refiere al desarrollo de su personalidad con una educación que contemple valores y principios no discrepantes en un modelo educativo y afectivo que no ofrezca sobresaltos continuos, y la concreta situación real entre los padres, siempre con la idea de que el régimen de custodia que se establezca pueda ser modificado en cualquier momento, en cuanto a su contenido concreto y límites, en atención a la alteración de las circunstancias que dieron lugar a su adopción o cuando se acredite un*

limitándose a hacer posible la conjunta cuando ambos padres están de acuerdo en esa modalidad, lo que otorga al disconforme un derecho de veto inadmisibles desde la perspectiva del interés del menor. >>>

¹²¹ Vid. ORTUÑO MUÑOZ P. “El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial.” *Op. Cit.*, Página 41 y 71.

¹²² GUILLARTE MARTÍN-CALERO C. “La custodia compartida alternativa”. *Revista in Dret, Barcelona*, abril 2008. Página 13.

ejercicio abusivo o inadecuado de las facultades concedidas, valorando la aptitud de cada padre para asumir sus deberes y respetar los derechos y deberes del otro. La custodia compartida debe establecerse de tal forma que respete la vida separada de cada cónyuge y se prevea la forma de actuación y gestión de los actos de la vida ordinaria, haciéndola lo menos compleja posible. >>

3.1 Custodia compartida acordada en convenio regulador

El inciso 5 del artículo 92 CC señala que: *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el trascurso del procedimiento....”* Y el párrafo cuarto del mismo artículo prevé, como hemos mencionado, que: *“Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.”*

Del artículo 92 CC se desprende que puede proceder la custodia compartida si ambos cónyuges lo acuerdan así en el convenio regulador o en cualquier otra etapa del procedimiento de separación y divorcio. Debiendo ser este acuerdo admitido por el órgano jurisdiccional, el cual deberá debidamente fundamentar en aras a demostrar que dicho régimen de guarda y custodia compartida es beneficiosa para el menor o menores implicados en la ruptura conyugal.

Afirmándose por un sector que, si bien el artículo 92 CC distingue la posibilidad de implementar la custodia compartida por acuerdo de los progenitores, como por determinación judicial, los obstáculos en forma de requisitos que plantea esta última dificultan su aplicación.¹²³

En el párrafo cuarto del artículo 92 CC utiliza en su redacción el término “convenio regulador” frente a la expresión “propuesta de convenio regulador” utilizada en el inciso quinto de dicho precepto (expresión también utilizada en el inciso primero del

¹²³ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA L. *“Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración a la custodia de los hijos.” Op. Cit.,* Página 75.

artículo 81 CC, así como en los artículos 777.2 y 777.4 LEC), pudiendo considerar dicha diferenciación errónea, puesto que si se tratase realmente de una propuesta, se precisaría un trámite para la suscripción del convenio, aspecto que no se haya regulado en la normativa vigente.¹²⁴ Así mismo, podemos presumir que el acuerdo en cuestión ha sido consensuado por ambos progenitores y es presentado al Juez al objeto de que éste revise el contenido de las cláusulas, y si el mismo es beneficioso para el menor, sea homologado judicialmente a fin de que despliegue su eficacia. Facultándose, al amparo del inciso sexto del artículo 92 CC, en todo caso, al Juez a recabar el requerimiento del Ministerio Fiscal, o a disponer la comparecencia del menor.¹²⁵

Se ha sostenido¹²⁶ que la implementación de la custodia compartida o alternada debe proceder de un efectivo pacto entre los progenitores. Si bien el “pacto efectivo” al que se alude era aplicable desde antes de la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por cuanto esta posibilidad quedaba circunscrita al amparo del artículo 90 CC. En vistas de lo cual, la mejor alternativa para establecer la custodia compartida era el convenio regulador. Sin embargo, como segunda opción cuando los progenitores tenían aptitudes para ejercer la custodia de los menores en igualdad de condiciones, el Juez de oficio tenía la facultad, en interés del menor, de decretar en virtud del artículo 159 CC, el establecimiento del citado régimen, extremo que, no obstante, no acontece en la actualidad. Así, la figura de la custodia compartida con anterioridad a la reforma de

¹²⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración a la custodia de los hijos.” *Op. Cit.*, Página 21-22.

¹²⁵ Artículo 92 CC inciso sexto: “ En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.”

Siguiendo a ORTUÑO MUÑOZ P. “El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial....” *Op. Cit.*, Página 48. << La expresión “en todo caso” del inciso sexto del artículo 92 CC, debería haber sido limitada por el legislador a su aplicación para la custodia monoparental o compartida, puesto que al realizar un control desmedido en la familia se tiene el riesgo de violar la intimidad de éstas, derecho que se encuentra protegido en la norma fundamental. >>

¹²⁶ TAMBORERO Y DEL RIO R. “La guarda y custodia compartida.” En Diez años de abogados de familia 1993-2002. Edit. La ley, Madrid, 2003. Página 516. << Para que tenga éxito la implementación de la custodia compartida precisa algo más que un buen entendimiento entre los progenitores. >> GODOY MORENO A. “La guarda y custodia compartida....” *Op. Cit.*, Página 339.

la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, no se encontraba expresamente prevista en el derecho sustantivo, pero ello no significaba que existiese una prohibición al respecto.¹²⁷

Así pues, la decisión de establecer el régimen de guarda y custodia compartida compete a la autoridad Judicial. Las partes únicamente podrán solicitarlo, bien de forma conjunta, a través del convenio regulador, o bien de forma individual a través de la correspondiente demanda contenciosa. Pinto Andrade¹²⁸ analiza la confusión en la interpretación del verbo “se acordará”, que radica – a juicio de Pinto Andrade – en la utilización del verbo imperativo que parece imponer la guarda y custodia compartida siempre que los progenitores estén de acuerdo, cuando el apartado 8 del artículo 92 CC establece que la fundamentación principal para acordarla es el interés superior del menor.

En este sentido, hay legislaciones, en concreto el Code de Alabama de 1975 (EEUU) que permiten al tribunal acordar un régimen de guarda y custodia compartida (conjunta) siempre que el mejor interés del menor así lo requiera, a tal efecto señala << §30-3-152 Consideraciones de los Tribunales, factores que se tendrán en cuenta.

- a) El tribunal considerará en cada caso la atribución de la custodia conjunta, pero podrá otorgar cualquier forma de custodia en función del mejor interés del niño.
- b) El tribunal podrá ordenar una forma de custodia conjunta sin consentimiento de ambos padres cuando considere que el mejor interés del niño lo requiere.>>

Así mismo, hemos de tener en cuenta que las reivindicaciones de los progenitores a la hora de solicitar el régimen de guarda y custodia compartida pueden encubrir intereses de contenido económico, tales como la exención de abonar alimentos o una ventaja en el pronunciamiento relativo al uso del domicilio familiar, que distan mucho de confluir con los verdaderos intereses de los menores implicados en un proceso de separación o divorcio.

¹²⁷ IVARS RUÍZ J. “La guarda y custodia compartida tras la actual reforma del Código civil, aspectos procesales y sustantivos, doctrina y jurisprudencia.” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 174.

¹²⁸ PINTO ANDRADE C. “La custodia compartida.” Edit. Bosch, Barcelona, 2009. Página 68.

En este sentido la STS 391/2015, de 15 de julio de 2015 (rec.730/2014) recoge una serie de precisiones respecto a los criterios y a la ausencia de perjuicios al establecer un régimen de guarda y custodia compartida al señalar que: *“Para la concesión de la custodia compartida han de conjugarse dos importantes razones: la inexistencia de riesgo para los menores y el beneficio que a ellos les reporte el régimen de custodia compartida.”*

Así pues, la homologación del convenio regulador por la autoridad judicial no debe ceñirse a una mera revisión formal, sino que precisa de una investigación previa orientada a verificar y constatar que los extremos contenidos en las cláusulas van satisfacer el principio del interés superior del menor, no debiendo, por tanto, la homologación del convenio regulador que estipulen los progenitores ser aprobada por la autoridad judicial, si el contenido del mismo resulta dañoso o perjudicial para el menor.¹²⁹ En esta línea, en palabras del Magistrado O’Callaghan: << el convenio regulador otorga a las partes interesadas la posibilidad de consensuar los términos de la ruptura de la pareja, mediante una supervisión judicial, con el objeto de evitar atropellos jurídicos o sociales. >>¹³⁰

En principio, resulta complicado para la autoridad judicial determinar el supuesto daño que la aprobación del convenio regulador podría causar al menor, de ahí que resulte imprescindible que la autoridad judicial pueda recabar el dictamen del equipo psicoasistencial, a fin de realizar un análisis del comportamiento de los progenitores en su relación con los menores durante el período de convivencia entre ambos.

En este sentido, uno de los criterios de los que dispone el Juez a la hora de determinar la conveniencia o no del establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida es la existencia de informes técnicos que puedan arrojar algo de luz sobre las susodichas condiciones de idoneidad. En esta línea, la STS 252/2011, de 7 de abril de 2011 (rec.1580/ 2008)¹³¹ señalaba que: *“En la apreciación de los elementos que van a permitir al Juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no*

¹²⁹ VÁZQUEZ IZUBIETA C. *“Matrimonio y Divorcio.” Op. Cit.*, Página 179. << Advierte del riesgo que de no homologarse el convenio por parte del Juez, siempre existirá la posibilidad de que los progenitores pongan en práctica su propio acuerdo, dejando de lado la decisión judicial. >>

¹³⁰ CORDERO CUTILLAS I. *“El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio jurisprudencial)”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2004. (Prólogo de O’Callaghan X. Página 25)

¹³¹ STS 252/2011, de 7 de abril de 2011 (rec.1580/2008) (LA LEY 14425/2011)

exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el artículo 92.9 CC. En el caso de que figuren estos informes, el Juez deberá valorarlos para formarse una opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra, siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en STS de 8 de octubre y 11 de marzo de 2010, y 28 de septiembre de 2009.”

De otro lado, cabe preguntarse de qué herramientas dispondrá el Juez para obligar a los progenitores a cumplir lo establecido en el convenio regulador.¹³² A nuestro juicio, lo más aconsejable sería amonestar al progenitor o a los progenitores infractores, so pena de modificar la resolución judicial.¹³³

Así mismo, se ha afirmado que, el convenio estipulado entre los progenitores no tiene que ser homologado por el Juez para que sea eficaz, por cuanto su eficacia surge del acuerdo de voluntades.¹³⁴ A nuestro juicio, no resulta acertado equiparar la figura del convenio regulador con el contrato, pues pese a ser el consentimiento que prestan las partes en su elaboración y concreción el elemento principal en ambas figuras, el convenio regulador versa sobre la regulación de los deberes paterno- filiales y conyugales, en cambio, los contratos tienen un contenido netamente patrimonial.

De otro lado, es recomendable, a fin de evitar la pretensión de una de las partes de anular o dejar sin efecto el convenio regulador suscrito en pleno uso de su capacidad jurídica, la homologación ante la autoridad judicial.¹³⁵ Y ello sin perjuicio de que los

¹³² Vid. ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.” *Op. Cit.*, Página 56-57. << Las partes deben encontrarse bien asesoradas, siendo conveniente que cada progenitor cuente con un abogado, a fin de evitar que los acuerdos se incumplan o se objeten. >>

¹³³ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Las reformas legales que nos esperan.” En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. Y OTROS. “Actualización del Derecho de familia y sucesiones.” Edit. Dykinson, Madrid, 2005. Página 55. <<El acuerdo homologado de los cónyuges ante el incumplimiento debe hacerse efectivo mediante apremio. >>

¹³⁴ Vid. GONZÁLEZ VICENTE P. “Procedimiento consensuado.” En GONZÁLEZ POVEDA P. y GONZÁLEZ VICENTE P. (Coords.) “Tratado de Derecho de familia. Aspectos sustantivos y procesales.” Edit. Sepin, Madrid, 2005. Página 691. <<El convenio regulador tiene una naturaleza jurídica contractual, por lo que cabe la posibilidad de lograr la nulidad de los convenios por las mismas razones por las que se anulan los contratos. >>

¹³⁵ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.” *Op. Cit.*, Página 49. <<Respecto a la validez de los pactos entre los progenitores, de acuerdo a la exposición de motivos de la Ley 15/2005, la posibilidad que concede el Código sustantivo de decidir sobre la custodia de los hijos refleja la eficacia que tienen los convenios suscritos por ellos. >>

acuerdos suscritos entre las partes son modificables, esto es, si por el transcurso del tiempo surgiesen nuevos hechos que suponen una alteración de las medidas referentes a la custodia, deben ser revisadas las resoluciones precedidas, debiendo, en todo caso, realizarse un análisis y consiguiente valoración de las causas que son invocadas para pretender dicho cambio en las medidas referentes a la custodia, adquiriendo, a nuestro juicio especial relevancia el informe pericial psicológico que se emita al efecto.¹³⁶

3.2 Custodia compartida solicitada a petición de parte aunque no se den los presupuestos del apartado 5 del artículo 92 CC

No obstante, el régimen de guarda y custodia compartida también puede ser establecido a petición de parte aunque no se den los presupuestos del apartado 5, si el interés del menor así lo aconseja. A estos efectos, entre los requisitos que impone el apartado 5 del susodicho artículo 92 CC, figuran las cautelas o garantías que deben ser adoptadas por el Juez en caso de establecerse el régimen de guarda y custodia compartida para el eficaz cumplimiento de dicho régimen de guarda, procurando no separar a los hermanos.¹³⁷

En tal caso cabe preguntarse qué clase de cautela puede decretar el Juez para que los padres cumplan con su deber de eficaz cumplimiento del régimen de guarda y custodia compartida. Dado que el precepto omite mencionar a qué cautelas o garantías se refiere podemos presumir que pueden ser adoptadas cautelas de diversa índole, tales como: la obligación de comunicarse entre los progenitores las decisiones que atañen al menor durante el periodo de convivencia, o bien exigir que los progenitores hayan de ponerse de acuerdo sobre las decisiones más relevantes para la vida de los menores y que deban inhibirse de dificultar respectivamente la relación con los hijos menores, e

¹³⁶ La escasez de instrumentos legales para gestionar las manifestaciones del conflicto familiar ha llevado a algunos profesionales, especialmente a los jueces, a buscar instrumentos que puedan aportar soluciones de mayor calidad al sistema judicial. Con esta finalidad surgieron los Puntos de Encuentro Familiar y los servicios de intervención post ruptura, que tienen por objeto mejorar las relaciones parentales post ruptura en parejas con niveles medio/ alto de conflicto.

¹³⁷ Artículo 92 CC apartado quinto señala que: “...El juez al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.”

inclusive una medida factible podría consistir en amenazar con la privación de este derecho, y el establecimiento de un régimen de visitas.¹³⁸

En cualquier caso, en lugar de dicha redacción, hubiera sido deseable que el legislador hubiese optado por modificar el último párrafo del artículo 90 CC señalándose el tipo de garantías reales o personales que podría adoptar el Juez según la valoración y análisis de todas las circunstancias concurrentes en el caso, en aras a que los progenitores se sintieran debidamente obligados a cumplir las resoluciones judiciales.

Así mismo, en relación al establecimiento de las “cautelos procedentes” mencionadas en el inciso quinto del artículo 92 CC, un sector señala que dichas cautelos deben ser tomadas en función a no separar a los hermanos en previsión del establecimiento del régimen de custodia compartida. No obstante, no se explica el tipo de cautela a establecer, limitándose a señalar que se debe exigir su cumplimiento so pena de modificar el régimen de custodia compartida por un régimen de visitas.¹³⁹

En este sentido, se ha afirmado que la modificación del sistema de custodia compartida por un régimen de visitas puede resultar la mejor alternativa cuando se presentan problemas en su ejecución. Pese a ello, a nuestro juicio compete a la autoridad judicial establecer las garantías reales¹⁴⁰ o personales tendentes a dotar de efectividad a la modalidad de custodia que se hubiere establecido, a fin de que los progenitores se sientan obligados a cumplir las resoluciones judiciales.

3.3 Privación de la guarda y custodia compartida a uno o a ambos progenitores

De otro lado, el apartado 3 del artículo 92 CC señala que la privación del ejercicio de la patria potestad puede dimanar de una petición expresa de uno de los cónyuges, o del Fiscal respecto de ambos, o bien, de oficio si el Juez fundamenta debidamente su decisión. (Privación de la patria potestad que también prevé el artículo 170 CC) Si bien,

¹³⁸ LORCA NAVARRETE A. M. y DENTICI VELASCO N. M. “*La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar....*” *Op. Cit.*, Página 61.

¹³⁹ En este sentido se pronuncia VÁZQUEZ IZUBIETA C. “*Matrimonio y divorcio.*” *Op. Cit.*, Página 171.

¹⁴⁰ Pudiéndose establecer multas graduales, siempre y cuando el patrimonio del progenitor que incumple la resolución judicial sea significativo.

en cualquier caso ha de ser adoptada con cautela y siempre ante casos claros y graves de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Si la privación se impone a los dos progenitores, se deberá proveer de tutor a los menores, o en su caso, de un régimen de acogimiento o adopción. Si por el contrario dicha privación sólo afecta a uno de los progenitores, el otro ipso iure tendrá la patria potestad en exclusiva. Así pues, no podrá acordarse el régimen de guarda y custodia compartida cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra el otro cónyuge o contra los hijos, o cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Así, el artículo 92 CC en su inciso séptimo establece que: *“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.”*

De la redacción del precepto se desprende que le legislador junto a los supuestos de violencia doméstica¹⁴¹ ha querido incluir también los de maltrato infantil¹⁴² con relación a la aplicación de la custodia compartida.

El problema que se plantea en este supuesto es que se priva de esta posibilidad por el simple hecho de estar incurso en un proceso penal, aunque no haya sentencia condenatoria firme. Y resulta aún más llamativo que, si bien en estos casos no procederá el régimen de guarda y custodia compartida, sin embargo si puede acordarse un régimen de visitas tradicional (de fines de semana alternos y de la mitad

¹⁴¹ MARTÍNEZ GALLEGO E. M. “*El derecho ante la violencia doméstica.*” En MARTÍNEZ GALLEGO E. M. y REGUERO CELADA J. (Coords.) “*Mujer y empleo, Una estrategia para la igualdad.*” Edit. Comares, Granada, 2004. Página 245. << Se entiende por violencia doméstica el uso deliberado de la fuerza con el objeto de tener bajo control a la pareja o a la prole, siendo ésta de carácter psicológico, sexual o físico habitual, y que tiene como sujetos pasivos a las personas que mantienen una relación afectiva con el sujeto activo, que además viven en el mismo hogar ya sea como pareja o como descendientes. >>

¹⁴² MORENO MANSO J. M. “*Maltrato infantil.*” Edit. EOS, Madrid, 2002. Página 26. <<Siguiendo la definición adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en noviembre de 1989, consideramos que el maltrato infantil es toda forma de violencia, perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación mientras que el niño se encuentra bajo custodia de sus padres, de un tutor o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo...>>

de las vacaciones escolares) En este sentido, sí estar incurso en un proceso penal es perjudicial para los menores, debiéramos preguntarnos por qué sólo se limita a la guarda y custodia compartida.

La primera cuestión que se suscita con motivo de la redacción del inciso séptimo del artículo 92 CC, se encuentra en la expresión “estar incurso”, pues no queda claro si la intención del legislador al utilizar dicho término era equipararlo a la situación de estar imputado. Expresión de todo punto desacertada puesto que incurriría en la violación del principio constitucional de la presunción de inocencia, dado que sin haber sido condenado el presunto maltratador, en principio no se le debiera impedir la aplicación del régimen de custodia compartida.¹⁴³ Cosa distinta sería que, con carácter preventivo, y a fin de salvaguardar el interés del menor, se le pudiese impedir el acceso al beneficio de la guarda alternada al supuesto maltratador.

A nuestro juicio, y pese a la tendencia existente a preservar el entorno del menor en una situación de crisis familiar, no parece plausible preservar dicho entorno cuando hay riesgo de que el menor se halle en una situación de peligro para su salud emocional o estado físico, debiendo, en todo caso, precautelarse el equilibrio emocional del menor. En esta línea, la autoridad judicial podría acordar preventivamente la inaplicación de la custodia compartida, pero sin trasgredir la garantía constitucional del principio de presunción de inocencia.

No obstante, supuesto distinto sería la existencia de una condena firme por maltrato infantil, en cuyo caso, en base a dicha sentencia sí se podría objetar en un proceso de separación o divorcio que el progenitor maltratador se beneficie con la aplicación del beneficio de la custodia compartida, e inclusive impidiendo que se beneficie con ninguna modalidad de custodia, y pudiéndose recurrir a figuras tales como el acogimiento¹⁴⁴ o la guarda institucional.

¹⁴³ CORCOY BIDASOLO M. “¿Qué aporta la LO 11/2003, en la incriminación de la llamada violencia doméstica.”. En MARTÍNEZ GALLEGU E. M. y REGUERO CELADA J. (Coords.) “Mujer y empleo, Una estrategia para la igualdad.” Edit. Comares, Granada, 2004. Página 177. <<La comisión de supuestos de hechos delictivos tiene que ser probada por el acusador, de no ser así y en caso de que existan dudas sobre el hecho, el Juez debe absolver al acusado en función del principio in dubio pro reo. >>

¹⁴⁴ La Ley 26/2015, 28 de julio, y la LO 8/2015, han completado la reforma de las instituciones jurídicas de protección del menor contenidas en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, modificándose los preceptos que regulan el desamparo, la guarda provisional y voluntaria y el acogimiento.

Junto al maltrato infantil, el inciso séptimo del artículo 92 CC contempla también la violencia doméstica, debiendo, por tanto, confrontar dicho precepto con el artículo 57 de la LO 1/ 2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género (BOE Nº 313, 29 de diciembre) (modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia), en cuya virtud, el Juez en materia civil deberá inhibirse de conocer el proceso y librar testimonio en el estado en que se encuentre, al Juez de Violencia para que éste dictamine si ha existido violencia de género, y de la misma forma será competente para conocer los problemas derivados de las relaciones paterno- filiales, salvo que el proceso no haya alcanzado la fase oral.¹⁴⁵

A estos efectos, lo más adecuado sería la suspensión del proceso de separación o divorcio hasta tanto no concluya la causa sobre violencia doméstica, considerándose como antecedentes negativos en la resolución del proceso el hecho de que una de las partes interponga recursos dilatorios con el fin de retardar la conclusión del proceso que se incoa por violencia doméstica.

Así pues, la intención del legislador, de conformidad con el contenido del inciso séptimo del artículo 92 CC fue la de prever la inaplicabilidad de la custodia compartida

DE PAÚL OCHOTERENA J. y ARRUABARRENA MADARIAGA M. *“Manual de protección infantil.”* Edit. Masson, Barcelona, 2001. Página 94. <<El acogimiento regulado en el artículo 173 CC, puede ser definido como un negocio jurídico perteneciente al Derecho de familia de carácter personal, en virtud del cual el acogido, aun conservando su status familiae participa de manera plena en la vida de la familia acogedora que adquiere las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral. >>

¹⁴⁵ La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, queda modificada en los siguientes términos: Se modifica el apartado 2 del artículo 1, que queda redactado como sigue: << 2. Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia. »

Se modifica también el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue: «2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.>>

Vid. SÁNCHEZ BARRIOS I. *“Normas procesales civiles.”* En SANZ MULAS N. / GONZÁLEZ BUSTOS M^a. A. / MARTÍNEZ GALLEGU E. M^a. (Coords.) *“Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”* Edit. Iustel, Madrid, 2005. Páginas 226-237.

ante situaciones de violencia doméstica, si bien debiera haber ampliado también dicha inaplicabilidad, ante cuadros de violencia doméstica, a la custodia monoparental, hasta tanto el progenitor maltratador no demuestre su rehabilitación como consecuencia de haber seguido un tratamiento terapéutico.

En esta línea, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE Nº 175, de 23 de julio), y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE Nº 180, de 29 de julio), pretenden mejorar la atención y la protección de los hijos y las hijas de las mujeres víctimas de violencia de género, así como de los menores víctimas de otras formas de violencia, en particular, de la trata de seres humanos.

Las previsiones más relevantes en relación con los menores son la inclusión de los hijos e hijas de las mujeres víctimas de violencia de género en el artículo 1 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. También se amplían las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de violencia de género, al incluir el acogimiento, la tutela, curatela o guarda de hecho.

Se establece así mismo, la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en la LO 1/2004, haciendo mención específica a las medidas civiles relacionadas con los menores (en concreto, sobre la suspensión de la patria potestad o la custodia de menores y la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con ellos), estableciendo, además de su plazo de duración, su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas (artículo 61 de la Ley Orgánica 1/2004). Además, cuando el Juez no suspenda el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, y en su caso, el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, deberá pronunciarse sobre la forma en la que se ejercerán; y adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución (artículos 65 y 66 de la Ley Orgánica 1/2004).

Estableciéndose expresamente la inclusión entre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores, de la protección de estos contra toda forma de violencia, incluida la violencia de género, la violencia en el ámbito familiar, la trata de seres humanos, y la mutilación genital femenina.¹⁴⁶

¹⁴⁶ El artículo 158 CC ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, para adoptar mecanismos de protección respecto de los menores víctimas de violencia familiar, a fin de preservar su integridad física y mental.

Se modifica, así mismo, el artículo 11 de la LO 1/1996, 15 de enero, que queda redactado como sigue: «Artículo 11. Principios rectores de la acción administrativa. 1. Las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, incluyendo los recursos de apoyo que precisen. Las Administraciones Públicas, en los ámbitos que les son propios, articularán políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y la adolescencia y, de modo especial, las referidas a los derechos enumerados en esta ley. Los menores tendrán derecho a acceder a tales servicios por sí mismos o a través de sus progenitores, tutores, guardadores o acogedores, quienes a su vez tendrán el deber de utilizarlos en interés de los menores. Se impulsarán políticas compensatorias dirigidas a corregir las desigualdades sociales. En todo caso, el contenido esencial de los derechos del menor no podrá quedar afectado por falta de recursos sociales básicos. Se garantizará a los menores con discapacidad y a sus familias los servicios sociales especializados que su discapacidad precise. Las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias, especialmente en materia de control sobre productos alimenticios, consumo, vivienda, educación, sanidad, servicios sociales, cultura, deporte, espectáculos, medios de comunicación, transportes, tiempo libre, juego, espacios libres y nuevas tecnologías (TICs). Las Administraciones Públicas tendrán particularmente en consideración la adecuada regulación y supervisión de aquellos espacios, centros y servicios en los que permanezcan habitualmente menores, en lo que se refiere a sus condiciones físico-ambientales, higiénico-sanitarias, de accesibilidad y diseño universal y de recursos humanos, así como a sus proyectos educativos inclusivos, a la participación de los menores y a las demás condiciones que contribuyan a asegurar sus derechos.

2. Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten. i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia. k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual. m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.

3. Los poderes públicos desarrollarán actuaciones encaminadas a la sensibilización, prevención, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra la infancia y la adolescencia mediante procedimientos que aseguren la coordinación y la colaboración entre las distintas Administraciones, entidades colaboradoras y servicios competentes, tanto públicos como privados, para garantizar una actuación integral.

4. Las Entidades Públicas dispondrán de programas y recursos destinados al apoyo y orientación de quienes, estando en acogimiento, alcancen la mayoría de edad y queden fuera del sistema de protección,

3.4 Carácter excepcional de la guarda y custodia compartida

Es razonable pensar que cuando ambos progenitores se hallan de acuerdo en la modalidad de custodia escogida, debemos suponer que ésta será la decisión más favorable para todas las partes implicadas en la ruptura familiar, y en particular, para el interés de los menores, principio que debe inspirar todas las decisiones que respecto de los mismos sean tomadas tanto por los progenitores como por la autoridad judicial a la hora de establecer un determinado régimen de guarda y custodia. El problema vendrá normalmente determinado por aquellos supuestos en que sólo uno de los progenitores solicita la custodia compartida de los menores, frente al que solicita la guarda y custodia exclusiva, e inclusive cuando ambos solicitan la guarda y custodia exclusiva para sí. De esta cuestión se ocupa específicamente el artículo 92.8 CC¹⁴⁷

El precepto al declarar la excepcionalidad de la medida nos da a entender que acordar la guarda y custodia compartida cuando uno de los progenitores se opone a la misma, en principio no redundará en beneficio de los menores implicados, por lo que será necesario probar que si lo es. Así pues, debemos plantearnos, si el Juez en el supuesto de que ninguno de los progenitores haya solicitado la aplicación de la custodia compartida, podrá dictaminar de oficio la implementación de dicha figura jurídica,¹⁴⁸ máxime cuando la voluntad de los progenitores puede verse contaminada por intereses de orden personal o económico que les lleven a solicitar cada uno a su turno el ejercicio de la custodia monoparental, admitiendo, así mismo, que no podemos

con especial atención a los que presentan discapacidad.»

¹⁴⁷ Artículo 92.8 CC :” Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”

¹⁴⁸ PASTOR VITA F. J. “*Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio.*” En *Revista de Derecho de Familia*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, núm.28, julio-septiembre de 2005. Página 46. <<El Juez podrá decidir judicialmente de oficio el régimen de custodia compartida siempre que resulte en interés del menor y éste manifieste su complacencia con dicho sistema, además que debe tomarse en cuenta de acuerdo a las circunstancias del caso, la edad y grado de madurez del menor. >>

presuponer que los progenitores al no acordar la custodia compartida, consensuarán la custodia monoparental.¹⁴⁹

En este sentido, se ha esgrimido por un sector doctrinal¹⁵⁰ que pese a su expresa regulación en el Derecho sustantivo, el legislador no estaba del todo convencido de la utilidad de este régimen de guarda compartida, razón por la cual, asume una actitud cautelosa. Añadiéndose, que el legislador parece fomentar un trato asimétrico a favor del progenitor que se encuentra en desacuerdo con la implementación de la custodia compartida, con lo que el interés del menor se encontraría supeditado a la voluntad de los progenitores, lo que desvirtuaría la protección de los hijos en una situación de crisis familiar de separación o divorcio.

En vistas a lo cual, si los progenitores no pueden consensuar la implementación de la custodia compartida o monoparental a través de convenio regulador, la autoridad judicial ha de mantener intactas dichas opciones, puesto que habrá de ser el Juez quien decida la alternativa adecuada procurando la satisfacción del *bonus filii*. Siendo deseable, a estos efectos, una adecuación del Derecho sustantivo que configure una regulación sin distinción entre ambas modalidades de custodia.

La Ley, en este particular, prejuzga el interés del menor en función de un parámetro que valorado individualmente no puede resultar por sí sólo determinante para adoptar dicho régimen.¹⁵¹ Del número 8 del artículo 92 CC se desprende que cuando se den los

¹⁴⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 162. << Se pregunta: ¿Qué sucederá en los casos en que, constatada la procedencia de la guarda alterna como régimen que mejor protege el interés del menor, no haya solicitud en tal sentido o exista informe desfavorable del Ministerio Fiscal? -Y se responde- A mi juicio, el interés superior del menor es el principio rector en el procedimiento para la adopción del régimen de guarda, de suerte que sólo aquel interés puede determinar la atribución exclusiva o alternada de la guarda y custodia. >>

¹⁵⁰ GARCÍA RUBIO M^a. P. y OTERO CRESPO M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005.” *Op. Cit.*, Página 94. <<A pesar de su reconocimiento expreso y de su teórica promoción al insertarse en el texto legal, la llamada custodia compartida es vista con prevención y hasta con desconfianza por el legislador, por lo que su acogida está llena de cautelas que no parecen muy coherentes con aquella teórica promoción. >>

¹⁵¹ STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010 (rec.152/2008) señalaba que: “ La guarda y custodia compartida no es adecuada en supuestos de conflictividad extrema entre los progenitores, especialmente siempre que existan malos tratos, sin que ello signifique, sin embargo, que deba desecharse frente a cualquier grado de conflictividad y que no deba procurarse su implantación cuando resulta beneficiosa para los menores, aunque sea imponiendo en determinados casos la mediación familiar terapias educativas, teniendo en cuenta la edad de los hijos, los horarios laborales o profesionales de los progenitores, la proximidad del lugar de residencia de ambos, la disponibilidad de una vivienda adecuada para tener consigo a los hijos, el tiempo libre o de vacaciones de los menores, así como la opinión de

requisitos necesarios para la adopción de un sistema de guarda y custodia compartida, esta será la mejor manera de proteger el interés del menor. No obstante, la excepcionalidad a que hace referencia el precepto se deriva del hecho de que expresamente señala que “sólo” la custodia compartida protegerá el interés del menor, en esta línea de argumentación, predicar la excepcionalidad de la medida conllevará acordar la guarda individual o exclusiva puesto que la custodia compartida no se nos revelaría como la única manera de proteger el interés del menor.

En esta línea, la STS 579/2011, de 22 de julio de 2011 (rec.813/2009) al interpretar el término “excepcionalmente” contenido en el artículo 92.8 CC señala que: *“La excepcionalidad a que se refiere el inicio del párrafo 8, debe interpretarse, pues, en relación con el párrafo cinco del propio artículo que admite que se acuerde la guarda y custodia compartida cuando así lo soliciten ambos progenitores o uno con el acuerdo del otro. Si no hay acuerdo, el artículo 92.8 CC no excluye esta posibilidad, pero en este caso, el Juez debe acordarla fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.”* Del contenido de la sentencia se desprende que el significado de la excepcionalidad a que se refiere el citado artículo viene referido a la falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la custodia compartida, no a que existan circunstancias específicas para acordarla.

Así mismo, la STS 619/2014, de 30 de octubre (rec.1359/2013)¹⁵² añade que: *“La interpretación del artículo 92.5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concorra alguno de los criterios señalados por esta sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la STS de 29 de abril de 2013.”*

Así pues, la protección del interés superior del menor es el criterio que permite al Juez, con carácter excepcional, adoptar el modelo de custodia compartida incluso ante el

éstos al respecto, u otras circunstancias similares, teniendo siempre en cuenta el interés preferente de los menores.”

¹⁵² También la STS 391/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.2827/2013) establece que: “El régimen de custodia compartida debe ser lo normal y deseable, la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que habrá de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”

supuesto de falta de acuerdo entre los padres sobre el régimen de custodia. Si bien, la custodia compartida exige la concurrencia de una razón suficiente que justifique la idoneidad de la misma como único régimen procedente al caso en función de la adecuada protección del interés superior del menor. El Fiscal, a la vista de las pruebas practicadas, ha de informar favorablemente la autorización de la custodia compartida, considerándose necesaria, a estos efectos, al opinión a favor de la misma de dos profesionales de la Justicia, sin perjuicio, de que dicho informe favorable del Ministerio Fiscal haya sido declarado inconstitucional por STC 185/ 2012, de 17 de octubre,¹⁵³ (rec.137/ 2009), pero ello no afecta a la finalidad pretendida al instituir este doble control o dictamen ante la autorización del régimen de custodia compartida.

Todo ello nos lleva a pensar que la voluntad del legislador en el inciso octavo del artículo 92 CC fue la de establecer que, en dicho supuesto, el régimen de custodia compartida sólo debía autorizarse cuando la misma se juzgase objetiva y fundadamente – no en función de acuerdos o razones subjetivas de los progenitores- como el modelo de custodia más idóneo en función de la protección del superior interés del menor. Siendo necesaria la concurrencia de un razonamiento coherente y objetivo que justifique, en base a los hechos, la resolución judicial de conceder la custodia compartida, de forma que se pueda inducir como el modelo de custodia idóneo en función de la protección del interés del menor ante el caso concreto a resolver.

3.5 Responsabilidad parental

El fundamento esencial para el otorgamiento de cualquier régimen de custodia ha de hallarse en el principio del interés superior del menor. La protección de su ser o esencia de persona conduce a la salvaguarda de los derechos fundamentales de la persona y de los demás derechos que le son reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico. Además, el menor es una realidad humana en devenir. Su desarrollo futuro es,

¹⁵³ STC 185/ 2012, 17 de octubre (rec.137/2009) (LA LEY 153054/ 2012) Resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 8912- 2006, planteada por la Sección Quinta de la AP de las Palmas de Gran Canarias en relación con el artículo 92.8 CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/ 2005, 8 de julio, por posible contradicción con los artículos 14, 24, 39 y 117.3 CE.

por tanto, una necesidad actual que hay que garantizar, dado que los derechos para el desarrollo son derechos instrumentales que operan en un doble plano, por cuanto atienden tanto a los intereses del adulto futuro como del niño actual.¹⁵⁴

Como venimos reiterando nuestro CC acogió el término de guarda y custodia para aludir a la “convivencia con el hijo”, si bien esta expresión¹⁵⁵, y en concreto, ciñéndonos a la custodia compartida resulta, a mi parecer imprecisa y desafortunada, dado que los progenitores más que custodiar o guardar a sus hijos, los tienen en su compañía, les proporcionan los alimentos necesarios para su sustento, les prodigan los cuidados necesarios para asegurarles el pleno desarrollo de su personalidad y especialmente, les garantizan un ambiente afectivo adecuado para su enriquecimiento personal y social en condiciones óptimas. De ahí que, se esté abriendo paso en nuestro Ordenamiento Jurídico el concepto de responsabilidad parental que viene a definir mejor el contenido de las funciones que corresponden a cada uno de los progenitores según el reparto de tiempo que les corresponda en el ejercicio de la custodia efectiva.

En esta línea, el Reglamento 2201/ 2003, de 27 de noviembre,(en vigor desde marzo de 2005) del Consejo de Europa, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/ 2000, y define en su artículo 2.9 la responsabilidad parental como: *“Aquellos derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la Ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o bienes de un menor de edad. El término incluye en particular los derechos de custodia y visitas.”*¹⁵⁶

¹⁵⁴ RIVERO HERNÁNDEZ F: “*El interés del menor: del estándar jurídico al principio general.*” El interés del menor, Madrid, enero 2007. Página 12.

¹⁵⁵ IVARS RUIZ J. “*Falta del debido ajuste en la terminología utilizada.*” *Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia.*” Valencia, 2008. 2ª Edición. Página 55. <<Bajo la denominación de custodia compartida según los expertos en psicología forense, subyace una extensa confusión terminológica, avivada por el uso de una terminología anglosajona en la que al no existir el concepto de patria potestad, partía de que en los procesos de ruptura matrimonial, al progenitor que obtenía la custodia exclusiva asumía también la íntegra responsabilidad de los hijos, desplegándose muchos significados distintos para una misma situación. >>

¹⁵⁶ En el artículo 2.9 del Reglamento 2201/ 2003 del Consejo de Europa de 27 de noviembre al mencionar los derechos de custodia, especifica que entre otros incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia.

Así mismo, dicho Reglamento define al titular de la responsabilidad parental como cualquier persona que tenga la responsabilidad parental sobre un hijo menor de edad, insistiendo en que, los derechos de custodia incluyen, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un niño y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia. Esta concepción, sin embargo, sólo recoge los aspectos formales de la responsabilidad parental, sin dimensionar el alcance que la participación de ambos padres ha adquirido en su ejercicio.¹⁵⁷

Al hablar de responsabilidad parental, nos estamos refiriendo al reparto equitativo de los derechos y deberes que de forma efectiva y responsable han de ejercitar ambos progenitores respecto de sus hijos comunes. En esta línea, la Resolución del Parlamento Europeo A3-0172 / 1992, de 8 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño, establece en su punto 8.11 que: *“Padre y madre tienen una responsabilidad conjunta en el desarrollo y educación del menor.”*¹⁵⁸

A nuestro juicio, en nuestro CC podemos apreciar, aunque si bien indirectamente, este principio de corresponsabilidad parental en el reforzamiento del principio de igualdad jurídica de los cónyuges del artículo 68 CC, en aras a que padre y madre puedan reconstruir sus relaciones paterno/ materno filiales en condiciones de paridad. Y en esta línea, la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia ha modificado el artículo 154 CC incluyendo expresamente en el precepto el término “responsabilidad parental.”¹⁵⁹

El reconocimiento del derecho del hijo a la coparentalidad consiste en garantizar la continuación de las relaciones afectivas del menor con ambos progenitores, no obstante, la crisis familiar. De ahí que en el régimen de guarda y custodia compartida

¹⁵⁷ LATHROP GÓMEZ F. *“Custodia compartida y Corresponsabilidad parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas.”* En *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, núm. 7206, Sección *Doctrina*. Edit. La ley. Página 8.

¹⁵⁸ El artículo 5 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, de 22 de noviembre de 1984, establece que: “Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en las relaciones con sus hijos, tanto en caso de matrimonio, como después de su disolución.”

¹⁵⁹ Artículo 154 CC primer párrafo: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.”

se quiere preservar la cotidianeidad de dichas relaciones paterno- filiales, de manera que se desarrollen contactos frecuentes con ambos padres.¹⁶⁰

Así, la STC 4/ 2001, 15 de enero¹⁶¹ (rec.3966/1997) ha justificado la guarda y custodia compartida en *“ la necesidad de garantizar el buen desarrollo personal y social del menor, y para favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores, de forma que el niño sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida.”*

En esta línea, el Texas Family Code (EEUU) establece en el capítulo 153: &153.002 *“El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.”*¹⁶²

Así pues, acertadamente Ortuño Muñoz¹⁶³ considera que el término responsabilidad parental compartida permite una mejor comprensión del complejo entramado de deberes, derechos, funciones y actitudes éticas que corresponden a ambos progenitores y, permite contemplar, desde otra perspectiva, el papel del hijo en este conjunto de relaciones que, tras el cese de la convivencia de los progenitores pasa a ser eminentemente triangular.

La custodia compartida se cimenta sobre dos derechos fundamentales, de un lado, el derecho del hijo a preservar la relación paterno- filial con ambos progenitores, y de otro lado, el derecho – deber de sus progenitores de prestar asistencia a sus hijos, velar por ellos, alimentarlos, educarlos y tenerlos en su compañía. En este sentido, el interés superior del niño en este ámbito requerirá el contacto frecuente y continuo con sus dos progenitores, a fin de que ambos puedan ejercer los derechos y responsabilidades que la paternidad- maternidad conllevan, de ahí que el término de “corresponsabilidad parental” se esté abriendo paso en la terminología jurídica por

¹⁶⁰ LATHROP GÓMEZ, F: *“La custodia compartida de los hijos.”* Madrid, 2008. Página 370

¹⁶¹ STC 4/ 2001, 15 de enero (rec.3966/1997) (LA LEY 2364/ 2001) Resuelve el recurso de amparo promovido por la actora frente a la sentencia de la AP de Valencia que, en un litigio de separación matrimonial, dispuso la guarda y custodia compartida del hijo común por meses alternos.

¹⁶² Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>

¹⁶³ ORTUÑO MUÑOZ P. *“El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial.”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 1ª Edición. Página 63

cuanto conceptúa más claramente la noción de <<reparto equitativo de los derechos y deberes >> que ambos progenitores deben ejercer frente a su prole.¹⁶⁴ En esta línea, también el derecho francés, en la Ley Nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 titulada: “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias.” (En vigor el 5 de marzo de 2002) excluye de su articulado el término custodia (“garde”) sustituyéndolo por el de autoridad parental (“autorité parentale”) ejercida en coparentalidad (“coparentalité”)

Así pues, el criterio para la atribución de la guarda de los menores debe partir de la idea de la continuidad de las relaciones paterno filiales tras la ruptura de los progenitores, es por ello que la idea de este principio es adaptar la distribución de la guarda de los hijos a la dinámica de cada familia y evitar imponer a todas ellas unos mismos modelos de funcionamiento.¹⁶⁵ El régimen de guarda y custodia compartida trata, por tanto, de fomentar que ambos progenitores se responsabilicen de forma ecuaníme de sus obligaciones parentales una vez producida la ruptura.¹⁶⁶

Se ha sostenido que la determinación del interés del menor ante la posibilidad de aplicar el régimen de guarda y custodia compartida en situaciones de crisis familiares siempre será relativo, toda vez que dependerá de factores jurídicos, axiológicos, intelectuales y sociales.¹⁶⁷

Así pues, quienes participen en la determinación y concreción del interés del menor tiene que precautelar su formación integral, procurándole una adecuada forma de vida que en nuestro caso concreto se realizará a través de la correcta elección de la

¹⁶⁴Principio 5 de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 28 de febrero de 1984 afirmaba que:” Las responsabilidades de los progenitores respecto de un hijo deben pertenecer conjuntamente a ambos.”

Artículo 5 del Protocolo Adicional número 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984 establecía que:” Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y responsabilidades de carácter civil entre ellos y en las relaciones con sus hijos, tanto en caso de matrimonio y durante el matrimonio, como después de su disolución.”

¹⁶⁵ GARRIGA GORINA M. “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta.” *Revista In Dret. Barcelona*, 2008. Páginas 3-13.

¹⁶⁶ ROMERO COLOMA A. M. “La guarda y custodia compartida. Una medida familiar igualitaria.” Colección Scientia Jurídica. Madrid, 2011. Página 73.

¹⁶⁷ RIVERO HERNÁNDEZ F. “El interés del menor.” *Op. Cit.*, Página 96.

modalidad de custodia a implementarse.¹⁶⁸ De igual modo, en la concreción del interés del menor habrá de propiciarse la independencia del menor pero sin vulnerar el equilibrio que debe existir entre derechos y obligaciones.¹⁶⁹

De todo lo que antecede podemos afirmar que la colaboración de ambos progenitores en la formación integral de los menores deviene esencial para el armónico desarrollo de la personalidad de los hijos menores de edad, al tiempo que permite una mayor fluidez en las relaciones familiares evitándose la asunción de roles negativos de progenitor controlador – disciplinar frente a progenitor condescendiente – flexible, así pues, si convenimos que el mantenimiento de la vinculación con ambos progenitores en términos de igualdad es beneficiosa para los menores, no podemos sino razonar que la tendencia en el camino que está recorriendo la actual legislación española tiene como destino la guarda y custodia alterna de los hijos en un intento de mitigar los efectos negativos de la ruptura de la unidad familiar.

¹⁶⁸ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 115. <<El interés actual del menor debe ser considerado no en atención al futuro de la sociedad en la que se integrará como adulto, sino al futuro de esa persona en su doble condición inescindible, individual y social. >>

¹⁶⁹ IGLESIAS REDONDO J. I. “*Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores.*” Edit. Cedecs, Barcelona, 1996. Página 64. <<La concretización del interés del menor no supone la consagración de ningún favor minoris, entendido como una condición de gracia hacia un sujeto débil. >>

4. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN CASO DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO

La valoración y determinación del progenitor más idóneo para asumir el cuidado de los hijos ha sufrido en nuestro Ordenamiento jurídico una prolongada evolución.¹⁷⁰

¹⁷⁰ En las Partidas- Partida 4º, Título 19, Ley 3- se señalaba que” eltro que no fue en culpa los debe criar y aver en guarda.” Se consideraba así que, la atribución de la guarda debía hacerse a favor del cónyuge inocente, no tanto como sanción, sino porque se presumía que éste habría de ser más apto para dirigir la educación de los hijos que el cónyuge culpable de violar las obligaciones derivadas del matrimonio.

El Proyecto de Código Civil de 1851, encomendaba en sus artículos 94 y 95, ya en los supuestos de separación, ya en los de nulidad del matrimonio, la guarda y custodia a la madre de los hijos menores de tres años, independientemente del sexo de los mismos, salvo que los padres de común acuerdo o el Tribunal dispusiesen otra cosa.

La Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, señalaba en su artículo 88 que los hijos menores quedaran bajo la potestad del cónyuge inocente o bien, si ambos fueran culpables, bajo la autoridad del tutor, aunque la madre mantendría a su cuidado en todo caso, salvo que la sentencia disponga otra cosa, a los menores de tres años.

Nuestro CC en su redacción inicial de 1889 mantenía en esencia, la misma idea en el artículo 70:” Ejecutoriada la nulidad del matrimonio quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe. Si la buena fe hubiese estado de parte de uno solo de los cónyuges quedarán bajo su poder y cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fe fuera de ambos, el Tribunal resolverá sobre la suerte de los hijos en la forma que dispone el párrafo segundo del número segundo del artículo 73. Los hijos e hijas menores de tres años estarán en todo caso hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre, a no ser que, por motivos especiales, dispusiera otra cosa la sentencia.” A este respecto, García Goyena, conectaba la edad de los tres años con el fin de la lactancia, en modo tal que, después de los tres años y como regla general, el cuidado de los hijos venía encomendado al padre y el de las hijas a la madre. GARCÍA GOYENA F. *“Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español.” Reimpresión de la Edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974. Página 54.*

Posteriormente la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932 (BOE Nº 71, 11 de marzo de 1932) establecía en su artículo 17.2:”A falta de acuerdo, quedarán los hijos en poder del cónyuge inocente. Si ambos fueran culpables o no lo fuese ninguno, la sentencia, teniendo en cuenta la naturaleza de las causas del divorcio y la conveniencia de los hijos, decidirá en poder de cuál de ellos han de quedar o los mandará proveer de tutor, conforme a las disposiciones del Código civil. Si la sentencia no hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a sus cuidado, en todo caso, a los hijos menores de cinco años.”

La motivación de tal atribución a la madre se veía influida por criterios de índole social y psicológica, conforme a los cuales, entendía Benavente Moreda, que la labor e influencia materna en el desarrollo emocional y físico del hijo hasta determinada edad no podía ser suplido, en caso alguno, por la del padre. BENAVENTE MOREDA P. *“La custodia de los hijos menores de edad. El artículo 159 del Código civil tras la Ley de 11 de octubre de 1990.” En Revista Jurídica de Castilla La Mancha, enero- agosto, 1991. Página 142.*

En esta línea, la Reforma del CC por la Ley de 24 de abril de 1958 (BOE Nº 99, 25 de abril de 1958) teniendo por objeto acomodar el CC al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español, elevaba a siete años la edad hasta que los hijos quedaban encomendados al cuidado de la madre. Una vez superada esa edad, y para el caso de que los dos fueran de buena fe, los hijos mayores de siete años quedaban al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre. En este sentido el artículo 70 señalaba que:” La ejecutoria de nulidad del matrimonio producirá los siguientes efectos: Los hijos mayores de siete años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiese habido buena fe.....

Los hijos e hijas menores de siete años estarán, hasta que cumplan esta edad, al cuidado de la madre...”

Estableciéndose de manera análoga para los supuestos de separación matrimonial en el artículo 73 que: “La ejecución de la separación producirá los siguientes efectos: 2. Quedan o son puestos los hijos bajo la potestad y protección del cónyuge inocente. Esto no obstante, si al juzgarse sobre la separación no se

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/ 2006, de 7 de marzo, sobre la guarda y custodia compartida y los hijos menores de edad, reconoce que: <<En los últimos años la posibilidad de establecer sistemas de guarda se ha ido abriendo paso en nuestra jurisprudencia menor, si bien con reticencias y dificultades, motivadas en parte por falta de previsión expresa. >>

La finalidad, por tanto, consistirá en que ambos progenitores puedan seguir manteniendo con sus hijos, una relación materno-filial y paterno-filial en condiciones de mayor paridad. Así, frente a una distribución de roles familiares en los que el cuidado de los menores se atribuía normalmente a las madres, con la Ley 15/ 2005, se pretendió incrementar la corresponsabilidad de los padres en la educación, formación y cuidado de los hijos menores. La realidad es que través de los convenios reguladores e inclusive de algunas resoluciones judiciales en pleitos contenciosos, ya se venía estableciéndose este régimen de guarda y custodia compartida, aunque con cuentagotas, hasta que la Ley 15/ 2005, incorporó expresamente esta posibilidad al CC.¹⁷¹

hubiese dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, a los niños menores de siete años.”

A decir de Linacero de La Fuente, ya no son exclusivamente razones de lactancia las que, para el legislador de 1958, aconsejaban el cuidado materno, sino además, y fundamentalmente otra serie de ideas o principios sociales, psicológicos, afectivos.....LINACERO DE LA FUENTE M. “*Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil,*” DDP 1990, julio-agosto. Páginas 561-564.

Esta línea de argumentación también aparecía esgrimida en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 en su Principio Sexto: “Salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.”

La Ley 11/ 1981, 13 de mayo, de modificación del CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, introdujo como novedad que, la titularidad y el ejercicio de la patria potestad correspondería a ambos padres, pero mantuvo la atribución directa del cuidado a la madre de los hijos menores de siete años, salvo que el Juez, por motivos especiales, provea de otro modo. Así establecía el artículo 159 CC que: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años, quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo.” Con esta norma el legislador había plasmado los criterios imperantes en una realidad social que reconocía en la madre una mayor idoneidad para hacerse cargo del cuidado de los hijos menores.

No obstante, la Ley 30/ 1981, de 7 de julio, sobre modificación de la regulación del matrimonio y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE N° 172, 20 de julio de 1981) se apartó de la línea anterior al abandonar los criterios culpabilísticos en la atribución de la guarda y custodia. (Artículos 90-101 CC) Así pues, se consideraba que la guarda y custodia de los hijos debía atribuirse al progenitor más idóneo con independencia de la causa de la separación.

¹⁷¹ ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA L. “*Las reformas legislativas españolas de 2005 en materia matrimonial. Temas candentes en Derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado.*” Op. Cit., Página 207.

Tras una separación resulta extremadamente frecuente que un elevado porcentaje de los hijos menores de edad conviva con su madre y muchos de los que se encuentran en esta situación carecen de una relación regular con el otro progenitor, por lo general el padre, que pasa a desempeñar un papel intermitente en la vida de sus hijos. Por ello no es de extrañar que la reforma del artículo 92 del CC haya sido entusiastamente defendida por diversos sectores¹⁷², entre ellos la Asociación de Padres de Familia Separados.¹⁷³

En esta línea, el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº 173, 20 de julio de 2013) señalaba en su Exposición de Motivos que: “*los cambios sustanciales en la sociedad han exigido a la doctrina y a la jurisprudencia una constante labor de adaptación de la interpretación y aplicación del derecho a la realidad social. La presente reforma pretende concienciar a los progenitores sobre la necesidad de presentar y la importancia de pactar, en caso de ruptura o de no convivencia, un plan de ejercicio de la patria potestad, como corresponsabilidad parental, en relación con los hijos. Este plan debe incorporarse al proceso judicial (Artículos 770 y 777 LEC) y será un instrumento para concretar la forma en que los progenitores piensan ejercer sus responsabilidades parentales, en el que se detallarán los compromisos que asumen respecto a la guarda y custodia, el cuidado y educación de los hijos, así como en el orden económico.*”

Se pretende favorecer con ello, la concreción de acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos. El Anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental incorpora además expresamente la posibilidad de que los progenitores, de común acuerdo o por decisión del juez, acudan en cualquier momento a la mediación familiar para resolver las discrepancias derivadas

¹⁷² Declaraciones hechas por Don Juan Luís Rubio (presidente de la Asociación de Padres de Familia Separados) a Ch Nogueira y publicadas en el Diario EL PAIS el 17 de septiembre de 2004: “Llevamos once años reclamando esta posibilidad y por fin alguien nos escucha. La Asociación que presido defiende la guarda y custodia compartida como método para que la pareja aprenda a dialogar como padres aunque los hijos convivan con un miembro de la pareja rota. La custodia compartida permite que la relación con el otro sea lo más abierta y fácil posible.”

¹⁷³ <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf> En septiembre de 2002, la Asociación de Padres de Familia Separados (APFS) y la Federación Andaluza de Padres y Madres Separados (FASE) presentaron el << Informe Reencuentro >> que bajo el lema “el mejor padre, ambos padres” proponía una alternativa legislativa basada en la parentalidad conjunta.

de su ruptura. La mediación familiar se configura así como un instrumento para favorecer el acuerdo entre los progenitores, evitar la litigiosidad y fomentar el ejercicio consensuado de la responsabilidad parental tras la ruptura.

El ex Ministro Alberto Ruiz Gallardón¹⁷⁴ ha explicado en el DIARIO LA LEY que <<el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental tiene como horizonte la protección del interés del menor, que será la medida sobre la cual se habrán de adoptar todas y cada una de las medidas que le afecten, anteponiéndose incluso al acuerdo entre las partes>> El ex Ministro Alberto Ruiz Gallardón ha aclarado que la norma no establece la custodia compartida como un régimen preferente o general, sino que elimina su carácter excepcional, señalando que << Lo que vamos a hacer es establecer que el juez en cada caso, atendidas las circunstancias, y actuando obligado siempre en interés del menor, decida cuál tiene que ser la solución al régimen en conflicto>>

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental aduce en su Exposición de Motivos que, sin imponer una modalidad concreta de organización, pretende alentar a los progenitores a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deban anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. No obstante, y aunque se mantiene la prioridad de lo acordado por los padres en la regulación de las relaciones familiares, seguirán necesitando aprobación judicial, pudiendo denegarse si dichos pactos son gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, o dañosos para los hijos o contrarios a su interés superior. La protección del interés superior del menor tendrá como finalidad asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del niño, así como su desarrollo integral.

El aspecto más destacado de la futura norma es que la custodia compartida deja de ser excepcional, si bien tampoco será un régimen preferente o general, será el Juez quien, en cada caso concreto, y siempre actuando en interés del menor, el que determine qué régimen es el más adecuado, pudiendo acordar el régimen de guarda y custodia compartida si así lo estima conveniente, y sin que ello implique necesariamente una

¹⁷⁴ Declaraciones del ex Ministro Alberto Ruiz Gallardón al Diario La Ley, Nº 8132, Sección Hoy es Noticia, 23 de julio de 2013, Editorial LA LEY (LA LEY 39313/ 2013)

alternancia de residencia de los hijos con los progenitores en períodos iguales. Para ello se reforma el actual artículo 92 CC y se introduce un artículo 92 bis¹⁷⁵

¹⁷⁵ Artículo 92 bis del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio:”1. El juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida.

Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí.

2. El juez, así mismo, deberá pronunciarse sobre el régimen de estancia, relación y comunicación de los hijos menores con el progenitor que no tenga atribuida su guarda y custodia o durante el periodo que no conviva con ellos, determinando el tiempo, modo y lugar para su ejercicio.

Igualmente podrá determinar, si lo considera necesario en interés del menor y siempre que no medie oposición expresa de los interesados, un régimen para que los menores se relacionen y comuniquen con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas.

3. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, así como el de estancia, relación y comunicación con el progenitor no conviviente y, si se considera necesario, con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, y valorará las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia o vista y la prueba practicada en ella para determinar su idoneidad.

Deberá prestar especial atención, en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia.

4. El juez, igualmente, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de expertos debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad, del régimen de guarda y custodia de los menores, y, en su caso, sobre la estancia, relación y comunicación de éstos con el progenitor no conviviente u otras personas.

5. No procederá atribuir la guarda y custodia de los hijos, ni individual ni compartida, ni un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, al progenitor que haya sido condenado penalmente por sentencia firme, por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos hasta la extinción de la responsabilidad penal, tras lo cual será el juez quien deba valorar si procede tal concesión, atendiendo a los criterios señalados en los apartados anteriores y, singularmente al delito cometido, duración de la pena, reincidencia y reinserción del progenitor. Excepcionalmente, el juez podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, atendiendo a los criterios anteriores y a la peligrosidad del progenitor condenado, un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos.

No se le atribuirá la guarda y custodia, ni individual ni compartida, cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por la presunta comisión de violencia doméstica, de género o de cualquiera de los atentados antes referidos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. La Sentencia absolutoria o el sobreseimiento libre firme dictado en el referido proceso penal será causa de revisión del régimen de guarda y custodia a petición de parte. Y tampoco procederá cuando el juez del procedimiento civil advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de la comisión de tales hechos por el progenitor, siempre que el delito no estuviere prescrito.

6. Cuando ambos progenitores estuvieran incluidos en alguno de los supuestos del apartado anterior, el juez atribuirá la guarda y custodia de los hijos menores a los familiares o allegados que, por sus relaciones con ellos, considere más idóneos, salvo que, excepcionalmente y en interés de los hijos, en atención a los criterios del apartado tercero y, además, a la entidad de los hechos, duración de la pena, reincidencia y peligrosidad de los progenitores, entienda que debería ser otorgada a éstos o alguno de ellos. En defecto

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº 173, 20 de julio de 2013) en el nuevo artículo 92 bis pretende hacer desaparecer las rigidez por la custodia mono parental del actual artículo 92 CC, debiendo ser el juez quien, en cada caso concreto, y siempre actuando en interés del menor, determine qué régimen de guarda y custodia se adapta mejor a las circunstancias concretas de los menores implicados en el caso. Para determinarlo el juez recabará el informe del Ministerio Fiscal, que no tiene carácter vinculante, de conformidad con la doctrina del TC expresada en la Sentencia 185/ 2012, 17 de octubre (rec.137/2009)¹⁷⁶, y ponderará, además de las alegaciones de las partes, la opinión y deseos del menor, y el dictamen de los expertos, así como la concurrencia de todos aquellos criterios que sean relevantes para el bienestar del menor, tales como:

- La edad y el número de hijos.
- El arraigo escolar, familiar y social, así como la situación de sus domicilios.
- Relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos.
- Aptitud y voluntad de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores.

de todos ellos o cuando no fueran idóneos para su ejercicio, la tendrán las entidades públicas que, en el territorio concreto, tenga asignada la función de protección de los menores.

7. Al acordar el régimen de guarda y custodia y el de estancia, relación y comunicación, el juez, tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

Si uno o ambos progenitores estuvieran en alguno de los supuestos de los dos apartados anteriores, y el juez estableciera a su favor la guarda y custodia de sus hijos, incluso por considerar que el delito estaría prescrito, o un régimen de estancia, relación y comunicación respecto de ellos, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y recuperación de éstos y del otro progenitor, debiendo realizar un seguimiento periódico de su evolución.

8. Las medidas establecidas en los artículos anteriores y en este, se podrán modificar o suspender si se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos a los progenitores y así lo aconseje el interés superior del menor.”

¹⁷⁶ STC 185/2012, 17 de octubre, (rec.137/2009) (153054/2012) señala la prevalencia del interés del menor, sin que por ello no deba también ponderarse el interés de sus padres, que no es desdeñable, pero sí de inferior rango. “Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimientos de sus relaciones filiales, y puede repercutir de modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.” Dicha Sentencia 185/ 2012, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso favorable del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 CC según redacción dada por la Ley 15/ 2005, 8 de julio, de tal forma que corresponderá exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen.

- Posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, y la existencia de estructuras de apoyo en el ámbito de cada uno de los progenitores.

El TC en Sentencia 185/ 2012, de 17 de octubre¹⁷⁷ (rec.137/2009) ha señalado que: *“corresponde al Juez al que, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando cuál sea la situación más beneficiosa para el niño, y que si bien se confiere a los progenitores la facultad de auto regular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, sólo a los Jueces corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional, obligando a los progenitores a ejercerla conjuntamente sólo cuando quede demostrado que es beneficioso para el menor.”*

Tras la STC 185/ 2012, que declaró inconstitucional y nulo el inciso favorable del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 CC, según redacción dada por Ley 15/ 2005, de 8 de julio, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida ya no depende del informe favorable del Ministerio Fiscal sino, únicamente, de la valoración que merezca al Juez la adecuación de dicha medida al interés del menor. En este sentido, el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, además de ser solicitado por ambos o al menos uno de los progenitores, requerirá la constatación de que éste no resulta perjudicial sino conveniente al interés del menor.

En congruencia con lo anterior, podemos plantearnos a qué se refiere el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental cuando menciona como criterio relevante para el bienestar del menor << el arraigo escolar, familiar y social >>. En mi opinión, podemos entender que dicho criterio parece referirse a una serie de circunstancias que permitan apreciar que el interés del menor ha sido preferentemente tenido en cuenta en aras de proteger más eficazmente al menor, y para ello considero, que servirán como indicadores para determinar el correcto

¹⁷⁷ STC 185/ 2012, 17 de octubre (rec.137/2009) (LA LEY 153054/ 2012) Resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 8912- 2006, planteada por la Sección Quinta de la AP de las Palmas de Gran Canarias en relación con el artículo 92.8 CC, en la redacción dada al mismo por la Ley 15/ 2005, 8 de julio, por posible contradicción con los artículos 14, 24, 39 y 117.3 CE.

desenvolvimiento del régimen de guarda y custodia compartida: que por parte del menor se aprecie que expresa con normalidad la nueva dinámica familiar, la cual ha de haber integrado fácilmente en su organización diaria y en su vivencia con agrado y satisfacción, especialmente en términos de poder compartir espacio y tiempos con ambos progenitores. Igualmente ha de verificarse que el proyecto de guarda y custodia compartida del padre y de la madre no supone una distorsión ambiental del menor, ya que la proximidad geográfica entre los hogares parentales ha de ayudar a que el menor de edad pueda mantener unas referencias vitales, debiéndose percibir además la capacidad de ambos progenitores para legitimar al otro y respetar el estilo educativo, que siendo diferentes deben aparecer como complementarios. En este marco, la estabilidad del menor con relación a la custodia compartida dependerá en gran medida de la modalidad que se adopte, así, el establecimiento de una modalidad de custodia a largo plazo podrá menoscabar la estabilidad del menor, más aún si los padres viven en diferentes países, toda vez que ello significará un cambio radical de las costumbres adquiridas con un progenitor, para tener que después de un tiempo readquirir esos hábitos.¹⁷⁸

Resultaría, así mismo deseable, conseguir una satisfactoria capacidad de diálogo entre ambos progenitores, principalmente en cuanto a la posibilidad de consensuar decisiones vitales que se tengan que tomar en relación al cuidado y educación del menor que van a permitir el desarrollo cognitivo, afectivo y social del mismo. La custodia compartida hace posible que ambos progenitores puedan realizar las funciones inherentes a la patria potestad al estar con los hijos continuamente, hecho que redundará positivamente en la autoestima de los menores que, pese a la crisis familiar, verán fortalecido su entorno familiar. Y en este sentido, se debiera procurar que el menor conserve los lazos afectivos con ambos progenitores, de este modo, mientras menos varíe su forma de vida y menos se modifique la rutina de los menores

¹⁷⁸ BANDERA M. “*Custodia compartida.*” *Op. Cit.*, Página 101. <<Buena parte de los niños que viven la experiencia de la separación de sus padres suelen sentirse confusos, abandonados e incluso culpables de la ruptura. Mantener un contacto continuado tanto con el padre como con la madre y sus respectivas familias hace que no sientan que han perdido a uno de los dos. La custodia compartida conlleva en la mayoría de los casos un aumento en la implicación del padre en el cuidado de los hijos respecto a la situación anterior a la separación. Ello resulta tremendamente positivo para la educación del menor, que deja de ver la figura paterna como la del proveedor familiar, y por otro lado, contar con las dos figuras puede ser beneficioso para la construcción de su propia identidad sexual. Ello contribuye a que aprendan a resolver los conflictos con una mentalidad distinta. >>

con el objetivo de contrarrestar los efectos negativos de la separación o el divorcio, mayores serán los beneficios para los menores implicados en una situación de crisis familiar, al tiempo que podrán prevenirse traumas o problemas que pudieran presentarse en un futuro.

En esta línea, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 31 de enero de 2008, (nº 72/2008) (rec.443/2007) estableció la custodia compartida en base a varios criterios que valoró conjuntamente, entre ellos, la proximidad entre los domicilios de ambos progenitores, la capacidad parental de ambos, la vinculación afectiva y la estrecha relación que la menor mantiene con ambas figuras parentales, así como los horarios laborales que permiten a ambos progenitores asumir el cuidado de la menor. En consonancia con ello, la custodia compartida pretende reequilibrar la situación de los progenitores en un proceso de separación o divorcio, permitiendo que ambos puedan ejercer un mayor control sobre las actividades que les van a competir a ambos.

Así pues, los avances que en materia de igualdad se han producido entre hombres y mujeres se han traducido en un mayor protagonismo de los padres en las tareas del hogar y en la atención y cuidado de los hijos, por ello la figura jurídica de la custodia compartida o alterna apuesta expresamente por esta corresponsabilidad voluntariamente compartida, que deberá corresponderse con un reparto equilibrado de las complejas tareas propias de la crianza de los hijos.

Con todo ello, la implementación de la figura jurídica de la custodia compartida es un realidad, afirmando, un sector de la doctrina, que el reconocimiento legal de la custodia compartida tendrá y está teniendo una trascendencia positiva en los Tribunales de Justicia.¹⁷⁹ Lo que todavía resta saber es si la figura de la custodia compartida se regulará definitivamente en nuestra legislación como una alternativa a la par que la custodia monoparental, o se consolidará como un modelo general a adoptarse en una situación de separación o divorcio. En palabras de Guilarte Martín-Calero¹⁸⁰ : <<El modelo de guarda alterna constituirá, en los próximos años, el modelo principal de guarda y custodia, pues es el que mejor responde a las necesidades de una

¹⁷⁹ PERÉZ SALAZAR-RESANO M. “Patria Potestad.” *Op. Cit.*, Página 184.

¹⁸⁰ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 118.

sociedad moderna, en la que hombre y mujer comparten durante la vida en común funciones y responsabilidad, de suerte que, producida la ruptura, estas funciones y esta responsabilidad les alcanzará por igual. >>

Así pues, a nuestro juicio la implementación de la figura jurídica de la custodia alterna como modelo de custodia en situaciones de crisis familiar, conllevará por parte de todos los actores sociales una progresiva asimilación de dicha figura jurídica como alternativa de custodia, dejando de lado prejuicios o concepciones basadas en criterios discriminatorios, siendo para ello de todo punto indispensable la cristalización de una nueva regulación de las modalidades de custodia de forma simétrica, tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida o alterna.

5. LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

Se ha definido la custodia compartida como aquella modalidad de ejercicio de la responsabilidad parental en la que ambos progenitores convienen en establecer una relación viable entre ellos, basada en el respeto y en la colaboración, con el objeto de facilitar a los hijos comunes la más frecuente y equitativa comunicación con ambos progenitores, y distribuir de forma justa y proporcional la atención de las necesidades materiales de los hijos, con la previsión de un sistema ágil para la resolución de los desacuerdos que puedan surgir en el futuro.¹⁸¹

Así pues, la custodia compartida tendría por finalidad el lograr un reparto equitativo e igualitario en los derechos y deberes de los progenitores para con los hijos e hijas, así como el reparto de espacios y tiempos equitativos e igualitarios de ambos progenitores para con los hijos tras la ruptura de la pareja.¹⁸²

5.1 Ley 25/ 2010, de 29 de julio, del Libro II del Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia

También en el ámbito autonómico se ha legislado en materia de guarda y custodia compartida, así la Ley 25/ 2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia (BOE Nº 203, 21 de agosto de 2010) incluyó una importante reforma en el ámbito del derecho de familia catalán, y una de las novedades principales era la regulación de la custodia compartida.¹⁸³

En su Exposición de Motivos señala que la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores, afirmándose que, la

¹⁸¹ ORTUÑO MUÑOZ, P. “El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial” Edit. Thompson, 2006. Página 60.

¹⁸² GARRIGA GORINA M. “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta” Revista In Dret, Barcelona, julio 2008. Páginas 3-13

¹⁸³ CERVILLA GARZÓN M. D señala que la novedosa regulación catalana sobre los acuerdos matrimoniales con previsiones de ruptura, está inspirada en la doctrina norteamericana construida a partir de los casos law. *Diario La Ley* Nº 8011, 29 de enero de 2013. Editorial La Ley.

igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos.

La novedad principal de la reforma consistía en que los padres deberían presentar ante el juez, un plan de parentalidad, con el contenido previsto en el artículo 233.9 del Código civil de Cataluña, en el que se incluya, el domicilio en el que residirán los hijos y las reglas para determinar qué progenitor ejerce la guarda en cada momento; la responsabilidad de cada progenitor, respecto al quehacer diario de los hijos; la manera en que se deben realizar los cambios de guarda y cómo se han de repartir los costes que generan; el régimen de relación y comunicación de los hijos durante los períodos en los que un progenitor no los tenga consigo; el régimen de estancias de los hijos durante las vacaciones y las fechas señaladas; el tipo de educación y las actividades extraescolares; la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre educación, salud y bienestar de los hijos; y la manera de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y otras cuestiones.

El artículo 233.11 señala que, en defecto de acuerdo, el Juez decidirá la manera de ejercer la guarda y custodia conjunta teniendo en cuenta las propuestas del plan de parentalidad y las siguientes circunstancias a ponderar conjuntamente: a) La vinculación afectiva entre los hijos y cada uno de los progenitores y con las demás personas que conviven en los respectivos hogares; b) La actitud de cada progenitor para cooperar con el otro y garantizar las relaciones de los hijos con ambos; c) La actitud de los progenitores para garantizar el bienestar de los menores; d) El tiempo dedicado a los hijos y las tareas desarrolladas antes de la ruptura; e) La opinión expresada por los hijos; f) Los acuerdos en previsión de la ruptura o adoptados fuera de convenio antes de iniciarse el procedimiento; g) La situación de los domicilios, los horarios y actividades de los hijos y de los progenitores.

Se adopta así, un modelo de corresponsabilidad parental compartida a través de un plan de parentabilidad que debe incorporarse al proceso judicial para su aprobación. Pese a que en esta Ley no se establece expresamente la preferencia por la custodia

compartida, de la redacción de sus preceptos se deduce la preceptividad de su adopción.

El artículo 233.4 prevé la adopción por parte de la autoridad judicial de las medidas definitivas sobre el ejercicio de las responsabilidades parentales, señalando en el artículo 233.8 que: *“Estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y en la medida de lo posible deben ejercerse conjuntamente.”* Disponiendo así mismo, el artículo 233.10 que: *“La autoridad judicial debe determinar la forma de ejercer la guarda, ateniéndose al carácter conjunto de las responsabilidades parentales..... Sin embargo, puede disponerse que la guarda se ejerza de forma individual si conviene más al interés del hijo.”*¹⁸⁴

Así pues, en esta regulación se va a dotar de gran importancia a lo acordado por los progenitores, tanto en el convenio regulador (Art. 233-3.1: *“Los pactos adoptados en convenio regulador deben ser aprobados por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores.”*) en el plan de parentalidad (Art. 233-10.1: *“La guarda debe ejercerse de la forma convenida por los cónyuges en el plan de parentalidad, salvo que resulte perjudicial para los hijos.”*) así como en el acuerdo al que lleguen en el proceso de mediación familiar respecto al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental. En este orden de cosas, la no aprobación del acuerdo debe fundamentarse por el juez atendiendo a criterios de orden público o de interés del hijo. (Art. 233-6.6)

De otro lado, tal y como dispone el artículo 233.11.3: *“Se excluye la atribución de la guarda al progenitor contra el que se haya dictado una sentencia firme por actos de violencia familiar o machista de los cuales los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas. Así mismo, tampoco podrá atribuirse la guarda al progenitor mientras haya indicios fundamentados de que ha cometido actos de violencia familiar o machista de los que los hijos hayan sido o puedan ser víctimas directas o indirectas, todo ello con base a la protección de sus intereses.”*

¹⁸⁴ II Jornada Científica ASEMIP. La convivencia con los hijos tras la crisis de pareja. Córdoba, 19 y 20 de noviembre de 2010. VIÑAS MAESTRE D. << Cuando se decide sobre la custodia, lo que se está decidiendo es con qué progenitor vivirá el niño de forma mayoritaria y, desde esta perspectiva, debería hablarse de custodia alterna. >> <http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip>

Se desprende del precepto, que no basta con estar incurso en un proceso penal para que pueda denegarse la atribución de la custodia compartida, con lo que el menor no se verá privado de la figura parental por el hecho de haberse presentado una denuncia en sede penal. Se requerirá, por tanto, que el progenitor sea condenado formalmente.

La STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 20 de diciembre de 2010 (rec.108/2010) en su fundamento de derecho tercero alegaba que: *<<El interés superior de los hijos es el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de la personalidad de los hijos afectados, procurando su implantación cuando resulta beneficiosa para ellos, de tal modo que no puede decirse que la guarda y custodia compartida constituye una situación excepcional frente a la custodia monoparental o que haya de primar una de ellas frente a la otra, pues es el interés del hijo el criterio preferente. >>*

5.2 Ley aragonesa 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres

En un paso más hacia el régimen de custodia compartida la Ley 2/ 2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, aprobada por las Cortes de Aragón (BOE Nº 151, 22 de junio de 2010) (Actualmente recogido en el Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Ley 1/ 2011, 22 de marzo) ha configurado la custodia compartida frente a la custodia individual como norma preferente en los supuestos de ruptura de la convivencia y en ausencia de pacto de relaciones familiares¹⁸⁵. Así, el artículo 80.2 del

¹⁸⁵ También la Ley 5/ 2011, 1 de abril, de la Generalitat, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE Nº 98, 25 de abril de 2011) establece la preferencia de la guarda y custodia conjunta por los progenitores en su artículo 5.

GONZÁLEZ DEL POZO J. P. “Análisis crítico de las Medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia compartida de Aragón.” *Diario La Ley* de 29 de diciembre de 2010, núm. 7537, Año XXXI, Edit. La Ley. Página 1.

CASTILLA BAREA M. “Notas sobre la guarda y custodia compartida de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Padres.” En *Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 7/2010, Sección Estudio. Edit. Aranzadi, Pamplona, 2010. Página 32. <<La normativa aragonesa no establece la preferencia absoluta del régimen de custodia compartida, que deberá ceder ante la guarda individual cuando el juez, de la ponderación de las

Código de Derecho Foral de Aragón sanciona que:” *El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores y atendiendo además a los siguientes factores: a) La edad de los hijos; b) El arraigo social y familiar, c) La opinión de los hijos siempre que tengan suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de doce años, con especial consideración a los mayores de catorce años; d) La aptitud y voluntad de los progenitores para asegurar la estabilidad de los hijos, e) La posibilidad de conciliación de la vida laboral y familiar de los padres; f) Cualquier otra circunstancia de especial relevancia para el régimen de convivencia.*”

El legislador aragonés dota al Juez de un amplio margen de decisión para poder adoptar el sistema de custodia compartida sin restricciones, esto es, sin estar determinado por la voluntad de los progenitores. En este sentido, se ha sostenido que se produce un importante cambio en el posicionamiento del Juez ante la determinación del sistema de custodia pues ahora presumirá la mayor idoneidad del sistema de custodia compartida para proteger y preservar los intereses del niño. Así pues, el régimen de custodia individual será decretado sólo en aquellos casos en los que la autoridad judicial se persuada de que dicho régimen es más conveniente que el sistema de custodia compartida, justificando su decisión con los resultados que arroje la indagación de las circunstancias específicas de los miembros de la familia.¹⁸⁶

Así mismo, como novedad, la Ley aragonesa prevé un pacto de relaciones familiares que los padres pueden otorgar y que tendrá como contenido mínimo la concreción de:

- a) El régimen de convivencia o de visitas de los hijos.
- b) El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
- c) El destino de la vivienda familiar y el ajuar familiar.
- d) La participación de cada progenitor en los gastos ordinarios de los hijos, incluidos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos propios, forma de pago, criterios de actualización y, en su caso, garantías de pago. También se fijará la previsión de los gastos extraordinarios y aportación de cada progenitor.
- e) La liquidación cuando proceda del régimen

circunstancias concurrentes, extraiga la conclusión de que esta última favorece en mayor medida el beneficio de los hijos. >>

¹⁸⁶ CASTILLA BAREA M. “Notas sobre la guarda y custodia de los hijos.....” *Op. Cit.*, Página 27.

económico matrimonial. f) La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma. Los efectos del pacto de relaciones familiares se iniciarán tras la aprobación del Juez, una vez oído el Ministerio Fiscal, regulándose para su aprobación un procedimiento similar al establecido en el artículo 777 LEC.

Se ha criticado que la Ley aragonesa no exprese qué circunstancias favorecerán el establecimiento del régimen de custodia compartida o de una custodia exclusiva, dejando a la libre valoración judicial qué factores son los positivos y cuáles los negativos para establecer cualquiera de esos dos sistemas de custodia.¹⁸⁷

Así mismo, la autoridad judicial a la hora de valorar el sistema de custodia que sea más conveniente para el interés de los hijos, antes de adoptar su decisión, podrá, conforme al artículo 80.3: *“De oficio o a instancia de parte, recabar informes médicos, sociales o psicológicos de especialistas debidamente cualificados e independientes, relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la autoridad familiar y del régimen de custodia de las personas menores.”*¹⁸⁸

De otro lado, se excluye la atribución de la custodia compartida y de la exclusiva o unilateral cuando el progenitor, conforme a lo dispuesto en el artículo 80.6 de la citada Ley: *“esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género.”*

A diferencia de lo establecido en el artículo 92 CC, en los supuestos señalados en el artículo 80.3 de la Ley aragonesa, se prohíbe expresamente otorgar no sólo la custodia compartida, sino también la custodia exclusiva. Así mismo, otra diferencia entre el artículo 92 CC y el mencionado artículo 80.3 es que en este último no bastará con que

¹⁸⁷ GONZÁLEZ DEL POZO J. P. *“Análisis crítico de las Medidas judiciales.....”* Op. Cit., Página 7.

¹⁸⁸ CASTILLA BAREA M. *“Notas sobre la guarda y custodia compartida...”* Op. Cit., Página 17. <<Ni la custodia compartida es la panacea que va a remediar todos los males que produce en los hijos la ruptura de los padres – que inevitablemente afectará y cambiará en alguna medida la vida de aquellos y de éstos- ni tampoco la custodia individual es el demonio del que huir a toda costa. >>

cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal, sino que se exige de forma expresa que haya sido dictada una resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad.

La Ley aragonesa pretende favorecer el mejor interés de los hijos mediante el mantenimiento de los lazos de afectividad entre aquellos y sus progenitores, a través de una relación continuada entre ambos que conlleva una mayor implicación de los progenitores en todos los aspectos relacionados con la formación de los menores.

5.3 Ley 5/ 2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven

También la Ley 5/ 2011, 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven¹⁸⁹ (BOE Nº 98, 25 de abril de 2011) ha establecido la preferencia de la guarda y custodia compartida en su artículo 5:”2. *Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.*”

En la Ley 5/ 2011, de la Generalitat Valenciana podemos apreciar que el concepto de “guarda y custodia” se sustituye por el de “relación de convivencia” para subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos menores, como cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional del menor.

¹⁸⁹ La Ley 5/ 2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional interpuesto por el Gobierno español, porque la Ley, a juicio del Ejecutivo, regula instituciones civiles que carecen de antecedentes en el ámbito de la legislación foral valenciana y, por lo tanto, excede las competencias de la Comunidad Autónoma Valenciana para la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil foral valenciano, y vulnera las competencias exclusivas del Estado sobre legislación civil. (Art 149.1.8 CE)

El pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 19 de julio de 2011, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 3859- 2011, promovido por el Presidente del Gobierno, contra la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Haciendo constar que por el Presidente del Gobierno se ha invocado el artículo 161.2 CE, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de la interposición del recurso. (4 de julio de 2011)

Esta Ley da prioridad al acuerdo de los padres a través del pacto de convivencia familiar regulado en el artículo 4 apartados 1 y 2, señalándose al efecto: *“1. Cuando los progenitores no convivan o cuando su convivencia haya cesado, podrán otorgar un pacto de convivencia familiar, en el que acordarán los términos de su relación con sus hijos e hijas.*

2. El pacto de convivencia familiar deberá establecer, al menos, los siguientes extremos:

a) El régimen de convivencia y/o de relaciones con los hijos e hijas menores para garantizar su contacto con ambos progenitores

b) El régimen mínimo de relación de los hijos e hijas con sus hermanos y hermanas, abuelos y abuelas, y otros parientes y personas allegadas, sin perjuicio del derecho de éstos a ejercer tal relación

c) El destino de la vivienda y el ajuar familiar, en su caso, así como de otras viviendas familiares que, perteneciendo a uno u otro progenitor, hayan sido utilizadas en el ámbito familiar.

d) La cuantía y el modo de satisfacer los gastos de los hijos e hijas.”

En defecto de acuerdo, la normativa prevé que se adopte como regla general el régimen de custodia compartida, a estos efectos, el artículo 5.2 de la Ley 5/ 2011, 1 de abril, dispone que: *“Como regla general, se atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o la existencia de malas relaciones entre ellos.”*

No obstante, también se habilita a la autoridad judicial para atribuir la custodia exclusiva atendiendo a las circunstancias de cada caso particular, cuando lo considere necesario para garantizar el interés superior de los hijos e hijas menores, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan (Art. 5.4)

Los criterios que el Juez deberá considerar antes de fijar el sistema de guarda se hallan contemplados en el artículo 5.3 de la Ley 5/2011, señalándose al efecto como tales:

“La edad de los hijos, que en caso de ser lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño, el cual deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores; la opinión de los menores cuando tuvieran madurez suficiente y en todo caso, cuando hayan cumplido doce años; la dedicación dada a la familia antes de la ruptura de pareja, así como el tiempo dedicado a la crianza y la educación de los hijos; la capacidad de cada progenitor; los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan; arraigo escolar, social, familiar o laboral de los hijos; las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; la disponibilidad de cada uno de mantener un trato directo con cada hijo; y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.”

Así mismo, la atribución de la guarda y custodia queda excluida en los supuestos establecidos en el artículo 5.6 de la Ley, sancionándose los mismos que los previstos en el artículo 80.6 del Código de Derecho Foral Aragonés, pero añadiendo que: *“No procederá la atribución de la guarda y custodia, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor.*

No obstante, cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.”

5.4 Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de la Comunidad Foral de Navarra

La Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de la Comunidad Foral de Navarra (BOE Nº 87, de 12 de abril de 2011) presenta un modelo de custodia compartida en un plano de equidad, permitiendo que sea la autoridad judicial quien deba decidir cuál es el sistema de custodia más idóneo. Así, en su Exposición de motivos señala que: *“La*

regulación actual contenida en el Código civil, aunque contempla la custodia compartida, se convierte en la práctica excepcional en los supuestos en los que no medie acuerdo de los padres. La presente Ley foral pretende corregir estos supuestos, en línea con la realidad social actual, apostando porque la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores, cuando no exista acuerdo de los padres, atienda al interés superior de los hijos y a la igualdad de los progenitores.”

En esta línea, en el artículo 1.2 de la Ley foral se establece que: *“La finalidad de la Ley foral es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar.”*

Así mismo, en su artículo 3 dispone que: *“1. Los padres por separado, o de común acuerdo, podrán solicitar al Juez que la guarda y custodia de los hijos sea ejercida por ambos o por uno de ellos.*

2. En caso de que la solicitud se realice por uno sólo de los progenitores, el Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida o la individual, oyendo al Ministerio Fiscal y previo dictámenes y audiencias que estime necesarios recabar, cuando así convenga a los intereses de los hijos.”

Así mismo, en el apartado 3 del artículo 3 se establecen los criterios que el Juez deberá atender para decidir el sistema de custodia más conveniente para el interés de los hijos menores, coincidiendo dichos criterios con los establecidos en el Código de Derecho Foral Aragonés en su regulación sobre custodia compartida, agregando, sin embargo, la normativa navarra dos criterios más:

- La relación existente entre los padres y la actitud de cada uno de ellos para asumir deberes, respetar los derechos del otro y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos padres y sus familias extensas.
- Los acuerdos y convenios que pudieran existir entre los padres y que éstos le hayan justificado.

Tal y como dispone en su número 4 el susodicho artículo 3 de la Ley foral: *“La decisión del Juez buscará conciliar, siempre que sea posible, todos los intereses en juego,*

considerando como prioritarios los intereses de los hijos menores o incapacitados, y asegurando la igualdad de los progenitores en las relaciones con sus hijos en todo lo que vaya en beneficio de éstos.” Y en su número 5 señala que: “Si el juez adopta la custodia compartida, deberá fijar un régimen de convivencia de cada uno de los progenitores con sus hijos, atendiendo a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos padres el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de equidad.”

Con respecto a los casos en los que no procederá la atribución de la custodia tanto compartida como exclusiva al progenitor, el artículo 3.8 de la Ley foral establece los mismos supuestos que los previstos en el artículo 80.6 del Código de Derecho Foral Aragonés, con la particularidad de que la Ley foral agrega que las medidas adoptadas en esos supuestos serán revisables a la vista de la resolución firme, que en su caso, se dicte al respecto en la jurisdicción penal. Así mismo, la Ley foral dispone que la denuncia contra un cónyuge o miembro de la pareja no será suficiente por sí sola para concluir de forma automática la existencia de violencia, de daño o amenaza para el otro o para los hijos, ni para atribuirle a favor de éste la guarda y custodia de los hijos.

Si bien estas Leyes son un reflejo de la nueva tendencia existente en el Derecho de familia, de un contexto más plural a la hora de entender las relaciones personales y familiares fruto de un cambio de valores y de una filosofía de vida más individualista, y de la consolidación de un modelo social en el que tanto hombres como mujeres participan en el mercado laboral e intentar conciliar su vida profesional con la familiar, no obstante, no podemos obviar que no parece acorde con la protección del interés superior del menor esta atribución genérica de la custodia compartida con independencia de las malas relaciones entre los progenitores, dado que, en los supuestos de existencia de gran conflictividad entre ambos progenitores, puede resultar contraproducente para los menores someterles a un régimen de custodia compartida, que como venimos argumentando requiere para su adecuado desenvolvimiento una adecuada colaboración entre los progenitores que les permita consensuar todas aquellas cuestiones relacionadas con sus hijos menores,

colaboración que se me antoja imposible cuando la hostilidad entre ambos impide cualquier género de comunicación entre ellos.¹⁹⁰

Tanto las Leyes autonómicas catalana, aragonesa, navarra y valenciana, así como el reciente Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental pretenden responder a una importante demanda social, y tienen como objetivo primordial el promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo, el mantenimiento de relaciones continuadas entre los menores y sus progenitores desde la óptica de los principios de igualdad y de participación responsable de ambos progenitores, entendiéndose, que la custodia compartida fomenta la responsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, en la que debe promoverse la igualdad de ambos sexos en todos los sectores, siendo la custodia compartida un régimen que viene a favorecer esa distribución igualitaria de los roles sociales entre hombres y mujeres. Así mismo, el régimen de custodia compartida aporta como principales ventajas el mantenimiento de los lazos de afectividad entre los progenitores y los menores, favoreciendo la mejor adaptación de estos últimos a la nueva situación creada tras la ruptura, e implicando a ambos padres de manera efectiva en todos los aspectos educacionales y de desarrollo de los hijos, reduciéndose al mismo tiempo la litigiosidad entre los progenitores.

¹⁹⁰ HERRERA DE LAS HERAS R. “Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida.” En *Revista Actualidad Civil*, núm. 10, quincena del 16 al 31 de mayo de 2011, Tomo I, Edit. La Ley, 2011. Página 1131. <<La aprobación de las legislaciones catalana y aragonesa hizo que el legislador español se planteara la conveniencia de priorizar la custodia compartida frente a la custodia exclusiva. Así, el Senado aprobó con fecha de 21 de julio de 2010 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, NÚM. 500, de 19 de julio de 2010, núm. de expediente 662/000128) una moción que instaba al Gobierno a realizar las modificaciones legales necesarias para que la custodia compartida fuese considerada como modelo preferente en los procesos de separación o divorcio, siempre en defensa del derecho de los hijos a disfrutar de una adecuada relación paterno-filial con su padre y con su madre. >>

6.DERECHO COMPARADO

Los sistemas de guarda compartida en Derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no el interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en períodos iguales con cada uno de los progenitores.

6.1 Estados Unidos de Norte América

El modelo estadounidense “joint custody” (custodia conjunta) o shared custody (custodia compartida) forma parte de un sistema jurídico en el que destaca la intensa privatización de todas las cuestiones relacionadas con la familia frente a la singular intervención estatal de la normativa europea. La custodia compartida o custodia conjunta se configura como la presunción general aplicable en casi todas las legislaciones sobre separación o divorcio en los distintos Estados. En 1979 por primera vez el Estado de California (USA) seguido de Kansas y Oregón establecieron el régimen de guarda y custodia compartida.¹⁹¹ Posteriormente en 1991 serían ya cuarenta Estados Norteamericanos los que recogerían en el articulado de sus respectivas Leyes el régimen de guarda y custodia compartida como opción o como régimen preferente, en tanto que los restantes Estados se limitaban a reconocer dicho concepto en su legislación.¹⁹²

Podemos distinguir tres doctrinas bien diferenciadas¹⁹³: 1 La teoría de los años tiernos “tender years o maternal preference”. 2 La custodia compartida “joint custody”. 3 El dador de cuidados básicos “primacy caretaker presumption o primary caregiver”

1.Tender years o maternal preference: La teoría de los años tiernos descansaba sobre la presunción de que la madre estaba mejor cualificada para cuidar de sus hijos durante la primera infancia, y pese a que inicialmente sólo se refería a los niños de corta edad, posteriormente fue extendiéndose hasta abarcar una preferencia por la

¹⁹¹ TAMBORERO Y DEL RIO R. “La guarda y custodia compartida.” *Op. Cit.*, Página 516.

¹⁹²[http://www.projusticia.es/estudios/informe%20Renacer%20sobre%20custodia%20compartida/documento s7Anexo4_I_Renacer_custodiacompartida.PDF](http://www.projusticia.es/estudios/informe%20Renacer%20sobre%20custodia%20compartida/documento%20Anexo4_I_Renacer_custodiacompartida.PDF)

¹⁹³ [http:// www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-espa%20ol.pdf](http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-espa%20ol.pdf) En este enlace puede ser consultada en español la legislación correspondiente a diversos Estados (EEUU).

custodia materna sin condicionamientos de edad, y donde el progenitor paterno sólo podía obtener la custodia acreditando cumplidamente la incapacidad materna. Este planteamiento se empieza a cuestionar durante la década de los sesenta y setenta, planteándose si esa preferencia materna en el otorgamiento de la custodia se corresponde verdaderamente con el interés del menor. Comienza la que se ha denominado “gender wars doctrine”, esto es, la doctrina de la lucha de sexos, en cuyo epicentro se hallaba la compleja cuestión de ponderar las diferencias esenciales entre hombres y mujeres respecto a la idoneidad para el cuidado de los hijos. En esta línea, algunos Estados, tales como Nevada, Arkansas, Florida, Mississippi, Maine, Louisiana, Wisconsin, Alaska, Montana y Missouri establecen específicamente respecto al otorgamiento de la custodia que: “No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea el padre o madre del niño.”

2. Joint custody: El Estado de California mediante la Ley de 17 de agosto de 1972 lideró el abandono de la preferencia materna en el otorgamiento de la custodia, instaurando un estándar neutral de género, así pues con la susodicha Ley se eliminó la norma conforme a la cual la custodia debía ser otorgada a la madre en el caso de que el menor fuese de corta edad. La instauración del régimen de custodia compartida en la mayoría de las legislaciones de EE.UU. se ha plasmado mediante la aplicación de una presunción legal y no como una orientación que el Juez debe valorar prioritariamente.

Así mismo, la joint custody comprende dos conceptos: -La custodia legal conjunta (joint legal custody) de acuerdo, con lo cual, los progenitores comparten el derecho de decisión sobre todas aquellas cuestiones que por su importancia vayan a afectar al menor, existiendo, así mismo, un amplio régimen de comunicación y estancia de los menores, que varía en función de cada Estado.¹⁹⁴

-Y la custodia física conjunta (joint physical custody) y que se caracteriza porque el menor reside con ambos padres por períodos alternos, durante lapsos similares de tiempo en la vivienda de cada uno de ellos. En general se considera el 35% del tiempo como umbral mínimo de convivencia del progenitor que menor tiempo pasa con el

¹⁹⁴ Vid. TAMBORERO Y DEL RIO R. “La guarda y custodia compartida.” *Op. Cit.*, Páginas 516-517.

niño, siendo frecuente un reparto del tiempo de convivencia al 50% entre ambos progenitores.¹⁹⁵

3. Primacy caretaker presumption o primary caregiver: La doctrina del dador de cuidados básicos pretendía establecer criterios alternativos para resolver los problemas derivados de la indeterminación del concepto del favor filii, así como de la desmesurada proliferación de la joint custody. Esta doctrina tuvo su origen en la Sentencia Garska v. MacCoy de la Corte Suprema de Apelaciones de West Virginia de 19 de octubre de 1989,¹⁹⁶ en la que se señalaban una serie de criterios que debían ser valorados por el Tribunal a la hora de determinar qué progenitor podía ser considerado como el cuidador primario de los menores. En este sentido, el otorgamiento de la guarda y custodia de los menores se basaba en un único criterio, esto es, en la preservación de los lazos familiares de los menores con aquel progenitor que había venido ejerciendo la crianza y la educación de los hijos, pero privando al otro progenitor el ejercicio de su rol de padre, e impidiéndose, al mismo tiempo, el demostrar su idoneidad para llevar a cabo dicho papel.

En EEUU la custodia legal conjunta ha sido adoptada por la práctica totalidad de los Estados, siendo la custodia física conjunta la fórmula más idónea adoptada por la mayoría de las legislaciones. A este respecto, la Ley Uniforme sobre Jurisdicción y Aplicación de la Custodia de Niños de 1997 (Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act)¹⁹⁷ adoptada por veinte Estados, señala el contacto asiduo y significativo del niño con ambos padres después de la crisis matrimonial.

6.1.1 Estado de Maine

Estado de Maine (Maine Revised Statutes Annotated Title 19-A, Domestic Relations & 1653, sub- & 1.) establece: <<1653. *“Derechos y Responsabilidades de los padres.”* 1. *A. El Parlamento considera que es política pública fomentar la resolución de los litigios entre los padres a través de la mediación en aras a mejorar el mejor interés del niño.*

¹⁹⁵ Vid. GODOY MORENO A. “La guarda y custodia compartida.” *Op. Cit.*, Página 329.

¹⁹⁶ Esta sentencia puede ser consultada en versión original en <http://law.justia.com/cases/west-virginia/supreme-court/1989/19020-5.html>

¹⁹⁷ Dicha Ley puede consultarse en <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

1. C. El Parlamento considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación o el divorcio de éstos, y que es de interés público alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para hacer efectiva esa política.

2. A. Cuando los padres hayan llegado a un acuerdo sobre una sentencia de derechos y responsabilidades parentales, el tribunal dictará esa sentencia, a menos que existan pruebas claras y convincentes que la desaconsejen. El tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que ha denegado la sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales acordada por los padres.

2. D. La sentencia del tribunal en que se establezcan los derechos y las responsabilidades parentales incluirá los elementos siguientes: 1) El reparto de derechos y responsabilidades parentales o la concesión exclusiva de derechos y responsabilidades parentales, en función del mejor interés del niño. Una sentencia de compartición de derechos y responsabilidades parentales podrá incluir la asignación de la atención residencial primaria del niño a uno de los padres y derechos de contacto al otro padre, o la compartición de la atención residencial primaria del niño a ambos padres. Si uno de los padres o ambos solicitan una sentencia de atención residencial primaria compartida y el tribunal no la concede, el tribunal deberá exponer en su decisión las razones por las que la atención residencial primaria compartida no coincide con el mejor interés del niño. >> ¹⁹⁸

6.1.2 Estado de California

El Estado de California (California Family Code Title 3) establece: << 3020.b) El poder legislativo considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura del matrimonio, o tras el final de su relación, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política, excepto si ese contacto no es compatible con el mejor interés del niño.>>

¹⁹⁸ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://janus.state.me.us/legis/status/19-a/title19-Asec1653.html>

<<3040. a) La custodia deberá concederse por el siguiente orden de preferencia, según el mejor interés del niño: 1) A ambos padres conjuntamente, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo 4, o a cualquiera de ellos. Al dictar una orden de concesión de la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del niño con el progenitor no custodio, y no se dará preferencia a uno de los padres como custodio por razón de su sexo. El tribunal puede, si lo considera oportuno, pedir a los padres que presenten un plan para la aplicación de la sentencia de custodia. >>

<< 3080. Existe la presunción, salvo prueba en contrario, de que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño, siempre que los padres hayan llegado a un acuerdo de custodia conjunta o así lo acuerden en audiencia pública celebrada para determinar la custodia del niño.>>

<<3082. Cuando se apruebe o deniegue una solicitud de custodia conjunta, el tribunal hará constar en su decisión, a petición de cualquiera de las partes, las razones para aprobar o denegar la solicitud de custodia. Una declaración de que la custodia física conjunta coincide o no coincide con el mejor interés del niño no es suficiente para satisfacer los requisitos del presente artículo. >>¹⁹⁹

En el Estado de California se prevé que el Juez está obligado a otorgar la custodia al cónyuge que se halle dispuesto compartir y asumir las responsabilidades, así pues, si un progenitor solicita la custodia monoparental deberá justificar su petitorio, porque en caso contrario, se acuerda la “custodia biparental”, custodia biparental que se constituye así en la regla general.

El término biparental, que en nuestro Derecho sustantivo equivale al término de “custodia compartida”, evita, sin embargo, y con acierto, la discusión semántica que origina el participio de compartida en nuestra legislación.

¹⁹⁹ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/fam.html>

6.1.3 Estado de Louisiana

El Estado de Louisiana (Civil Code, art. 131 “A Custody of Children pending the Litigation”) señala en el artículo 131: << A. Si el matrimonio tiene hijos cuya custodia provisional reclaman tanto el marido como la mujer en el trascurso del proceso, la custodia se concederá según el siguiente orden de preferencia, de conformidad con el mejor interés del niño: 1) A ambos padres conjuntamente. El tribunal, salvo excepción por causa válida, requerirá a los padres para que le presenten un plan de custodia, o los padres a título individual o por mutuo acuerdo podrán presentar un plan de custodia al tribunal antes de que adopte una decisión al respecto. El plan deberá asignar los períodos de tiempo en que cada uno de los padres disfrutará la custodia física de los niños.

2) A cualquiera de los padres. Al atribuir la custodia a uno de los padres, el tribunal deberá tener en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, el contacto frecuente y continuo del hijo o los hijos con el progenitor no custodio, y no dará preferencia como custodio a ninguno de los padres por razón de su sexo o raza. La carga de la prueba de que la custodia compartida no coincide con el mejor interés del niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva.

C. Existirá una presunción de derecho de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. La presunción a favor de la custodia compartida podrá refutarse si se demuestra que no coincide con el mejor interés del niño, tras el examen de las pruebas presentadas.

D. A los efectos del presente artículo, se entenderá por “custodia compartida” que los padres compartirán, en la medida de lo posible, la custodia física de los hijos del matrimonio. Ambos padres compartirán la atención y la custodia física de tal forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres. >>²⁰⁰

6.1.4 Estado de Iowa

El Estado de Iowa (Family Code, 1999, Section 598.41) establece que: <<1. a. El tribunal en la medida en que sea razonable y coincida con el mejor interés del niño, dictará

²⁰⁰ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.lsbep.org/custodypendinglit.htm>

sentencia de custodia, incluido, en su caso, un amplio régimen de visitas, que asegurará al niño el máximo y continuo contacto físico y emocional con ambos padres tras la separación o el divorcio, e invitará a ambos padres a compartir los derechos y las responsabilidades de la crianza del niño, a menos que de ello resulte un daño físico directo o un daño emocional importante para el niño, para otros hijos o para uno de los padres.

b. No obstante lo dispuesto en el párrafo a, existirá una presunción de derecho contra la concesión de custodia compartida si el tribunal constata que existen antecedentes de violencia doméstica.

c. El tribunal considera la denegación por uno de los padres del contacto máximo y constante del niño con el otro padre sin causa justificada como un factor significativo para determinar el régimen de custodia.

2. b. En caso de no otorgarse la custodia conjunta con arreglo a esta subsección, el tribunal deberá citar pruebas claras y convincentes por las que la custodia conjunta carece de fundamento y no redunde en el mejor interés del niño. >> ²⁰¹

6.1.5 Estado de Oklahoma

El Estado de Oklahoma (Oklahoma Statutes, Title 43) establece 43. O. S. & 109. << A. Al conceder la custodia de un hijo menor no casado, el tribunal tendrá en cuenta los elementos que, en principio, constituyen el mejor interés para el bienestar físico, mental y moral del niño.

B. El tribunal, de conformidad con lo dispuesto en la subsección A de la presente sección, podrá conceder el cuidado, la custodia y el control de un niño a cualquiera de los padres o a ambos conjuntamente. A los fines del presente artículo, las expresiones custodia, cuidado y control conjuntos significan que los padres comparten en su totalidad o en algunos aspectos, el cuidado, la custodia y el control físico y legal de sus hijos.

²⁰¹ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://www.legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>

C. Si cualquiera de los padres, o ambos, han solicitado la custodia conjunta, presentaran al tribunal sus planes para el ejercicio del cuidado, custodia y el control conjuntos de su hijo. Los padres podrán presentar un plan conjuntamente o planes por separado. >>

43. O. S. & 110.1 << Es política de este Estado asegurar a los hijos menores un contacto frecuente y continuo con los padres que han mostrado su capacidad para actuar en función del mejor interés de sus hijos, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Para llevar a cabo esta política, en caso de que uno de los padres lo solicite, el tribunal proporcionará a ambos padres un acceso sustancialmente igual al hijo menor de edad, a menos que considere que tal régimen de coparentalidad resultará perjudicial para los hijos. La carga de la prueba de que tal régimen de coparentalidad es perjudicial para el niño recaerá en el progenitor que solicite la custodia exclusiva. >>

43. O. S. & 112. B << No se dará preferencia como custodio a uno de los padres por razón de sus sexo. >> ²⁰²

6.1.6 Estado de Kansas

El Estado de Kansas (Kansas Statute no. 60-1610, Chapter 60) señala en su artículo 16 << 3. Criterios aplicables a la custodia y a la residencia de los hijos. El tribunal determinará la custodia o la residencia de un niño de conformidad con el mejor interés de ese niño.

- A) Si las partes han suscrito un plan de responsabilidad parental, deberá darse por supuesto que el acuerdo suscrito coincide con el mejor interés del niño. El tribunal podrá pasar por alto esta presunción y dictar una sentencia distinta si concluye que el plan de responsabilidad acordado no coincide con el mejor interés del niño.
- B) Al decidir sobre la custodia y la residencia del niño y el tiempo de convivencia con sus padres el tribunal tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

²⁰² Texto original puede consultarse en el siguiente enlace <http://oklegal.onenet.net/oklegal-cgi/getstatute?99/title.43/43-109.html>

- i) El periodo de tiempo durante el cual el niño ha estado bajo el cuidado y el control real de cualquier persona que no sería uno de los padres y las circunstancias del caso.
- ii) Los deseos de los padres respecto de la custodia o residencia.
- iii) Los deseos del niño respecto de la custodia o residencia.
- iv) La interacción o interrelación del niño con los padres, hermanos y otras personas que puedan determinar significativamente el mejor interés del niño.
- v) La adaptación del niño a su hogar, escuela y comunidad.
- vi) La buena disposición y capacidad de cada padre para respetar y apreciar la relación entre el niño y el otro padre, y para permitir una relación continúa entre ambos.
- vii) La constatación de malos tratos conyugales.

En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio de otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (infant) o del niño de corta edad (young child)

4. Regímenes legales de custodia. Con sujeción a las disposiciones del presente artículo, el tribunal podrá dictar sentencia respecto al régimen de custodia más favorable para el mejor interés del niño. La sentencia establecerá uno de los siguientes regímenes legales de custodia, por este orden de preferencia:

- A) Custodia legal conjunta: El tribunal podrá ordenar la custodia legal conjunta de un niño por ambos padres. En tal caso, las partes tienen idénticos derechos para adoptar decisiones basadas en el mejor interés del niño.
- B) Custodia legal exclusiva: Cuando considera que ambas partes no deben tener idénticos derechos para adoptar decisiones respecto del niño, el tribunal podrá ordenar la custodia legal exclusiva de un niño a favor de una de las partes. Si el tribunal no ordena la custodia ilegal conjunta, hará constar en su sentencia las conclusiones de hecho en que se basa la

decisión sobre custodia legal exclusiva. La adjudicación de la custodia legal exclusiva a uno de los padres no privará al otro del acceso a la información relativa al niño, a menos que el tribunal así lo ordene, exponiendo las razones para tal determinación.

5. Regímenes de residencia. Tras establecer el régimen de custodia legal, el tribunal determinará la residencia del niño en función del mejor interés de éste y sobre la base de las opciones siguientes. Las partes presentarán al tribunal un plan de responsabilidad parental acordado o, en caso de divergencia, someterán posibles planes a la consideración del tribunal. Las opciones son las siguientes: A) Residencia: El tribunal podrá ordenar un régimen de residencia que permita el niño vivir con uno de sus padres o con ambos, en función del mejor interés del niño. >>²⁰³

6.1.7 Estado de Idaho

El Estado de Idaho (Idaho Statutes, Title 32- Domestic Relations-, Chapter 7- Divorce Actions-) señala << 32-717B. Custodia Conjunta. 1) Por custodia conjunta se entenderá una orden que otorgue la custodia del hijo o hijos menores a los dos padres y establezca que la custodia física será compartida por ellos de forma que se garantice el contacto frecuente y continuo del hijo o hijos con ambos. El tribunal podrá conceder la custodia física conjunta, la custodia legal conjunta o ambas, a los padres o las partes según considere que convenga más al mejor interés del hijo o hijos menores. Si el tribunal opta por denegar una sentencia de custodia compartida, deberá exponer en su decisión las razones para tal denegación.

2) Por “custodia física conjunta” se entenderá una orden que otorgue a cada uno de los padres periodos significativos de tiempo en los que el niño residirá con cada uno de los padres o partes, y estará bajo su cuidado y supervisión. Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres, lo que no significa necesariamente que el tiempo que pase el niño con cada padre deba tener exactamente la misma duración, ni tampoco

²⁰³ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>

significa necesariamente que el niño deba alternar su estancia con cada padre durante periodos sucesivos de tiempo. El tribunal determinará la cantidad real de tiempo de convivencia con cada progenitor.

4) Excepto en los casos previstos en este artículo, y siempre que no prevalezcan pruebas en contrario, existirá la presunción de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del hijo o hijos menores. >>²⁰⁴

6.1.8 Estado de Illinois

El Estado de Illinois (Illinois Marriage and Dissolution of Marriage Act, 750 ILCS 5/) establece en el artículo 620.1 << b) A solicitud de cualquiera de los padres o de ambos, o por iniciativa propia, el tribunal examinará la posibilidad de otorgar la custodia conjunta. Por custodia conjunta se entenderá la custodia establecida con arreglo a un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta o una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. En tales casos, el tribunal pedirá inicialmente a los padres que presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta. En tal Acuerdo se especificarán las facultades, los derechos y las responsabilidades de cada uno de los padres para el cuidado personal del niño, y las decisiones importantes, tales como las relativas a la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. En caso de que los padres no presenten un Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, el tribunal podrá dictar una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta, que establecerá y contendrá los mismos elementos del Acuerdo de Responsabilidad Parental Conjunta, o podrá conceder la custodia exclusiva con arreglo a lo previsto en los artículos 602, 607 y 608.

c) El tribunal podrá dictar una orden de custodia conjunta si determina que esa custodia conjunta redundará en beneficio del mejor interés del niño, teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

1. La capacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en las cuestiones que afecten directamente a la responsabilidad parental conjunta o al niño. Por “capacidad de los padres para cooperar” se entenderá la capacidad de los padres para

²⁰⁴ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www3.state.id.us/idstat/TOC/32007KTOC.html>

cumplir sustancialmente una Orden de Responsabilidad Parental Conjunta. El tribunal no tendrá en cuenta la incapacidad de los padres para cooperar eficaz y regularmente en las cuestiones que no afecten directamente a la responsabilidad parental conjunta del niño.

2. Las circunstancias residenciales de cada padres, y

3. cualquier otro factor relacionado con el mejor interés del niño.

d) Ninguna disposición del presente artículo deberá interpretarse en el sentido de que la custodia conjunta conlleva necesariamente el mismo tiempo de convivencia con cada progenitor. La residencia física del niño en las situaciones de custodia conjunta se determinará por: 1) Acuerdo expreso de las partes u,

2) Orden del tribunal con arreglo a lo dispuesto en el presente artículo. >>²⁰⁵

6.1.9 Estado de Missouri

El Estado de Missouri (Missouri Revised Statutes, Chapter 452- Dissolution of Marriage, Divorce, SALimony and Separate Maintenance, Section 452.375) establece en el artículo 375 << 1. Por “custodia física conjunta” se entenderá una orden en virtud de la cual se conceden a cada uno de los padres periodos de tiempo significativos, aunque no necesariamente iguales, durante los cuales el niño residirá con cada uno de los padres o estará bajo su cuidado y supervisión. Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño un contacto frecuente, continuo y significativo con ambos progenitores.

2. El Tribunal determinará la custodia de conformidad con el mejor interés del niño, a tal efecto tendrá en cuenta todos los factores de interés, en particular los siguientes:

1) Los deseos de los padres respecto de la custodia y el plan de responsabilidad parental presentado por ambas partes.

²⁰⁵ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://www.legis.state.il.us/ilcs/ch750/ch750act5articles/ch750act5artstoc.htm>

2) Las necesidades del niño de una relación frecuente, continua y significativa con ambos padres, y la capacidad y la buena disposición de éstos para desempeñar sus funciones maternas y paternas y atender las necesidades del niño.

3) La mejor interacción e interrelación del niño con los padres, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar significativamente el mejor interés del niño.

4) La propensión de cada padre a permitir un contacto frecuente, continuo y significativo con el otro progenitor.

4. La Asamblea General considera y declara política pública de este Estado que el contacto frecuente, continuo y significativo del niño con ambos padres tras la separación o el divorcio coincide con el mejor interés del niño, excepto en los casos en que los tribunales constaten expresamente que tal contacto no coincide con el mejor interés del niño, y que es política de este Estado invitar a los padres a participar en las decisiones que afecten a la salud, educación y el bienestar de sus hijos y a resolver los litigios relacionados con sus hijos de forma amistosa mediante el procedimiento alternativo de mediación. Para poner en práctica estas políticas, los tribunales establecerán el régimen de custodia que mejor garantice la participación de ambos padres en tales decisiones, así como el contacto frecuente, continuo y significativo con sus hijos, siempre que ello coincida con el mejor interés del niño.

5. Antes de establecer el correspondiente régimen de custodia con arreglo al mejor interés del niño, el tribunal examinará cada una de las siguientes posibilidades por este orden:

1) Concesión de la custodia física y legal conjunta a ambos padres, que no se denegará únicamente porque uno de ellos se oponga a esa concesión de la custodia conjunta. Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza.

2) Concesión de la custodia física conjunta, al tiempo que se concede a una de las partes la custodia legal exclusiva. Se designará la residencia de uno de los padres como dirección del niño a efectos de correo y enseñanza.

3) Concesión de la custodia legal conjunta y de la custodia física exclusiva a una de las partes.

4) Concesión de la custodia exclusiva a cualquiera de las partes.

5) Concesión de la custodia o derechos de visita a terceros.

8. No se podrá otorgar preferencia a ninguno de los progenitores de un niño en la concesión de la custodia por motivos de la edad, el sexo, o la situación financiera de ese progenitor, ni en función de la edad o el sexo del niño.

9. Toda sentencia relativa a la custodia incluirá un plan de responsabilidad parental expuesto por escrito en que se establezcan las condiciones del régimen de responsabilidad parental, tal plan podrá ser un plan de responsabilidad parental presentado por las partes, o en su defecto un plan establecido por el tribunal. >> ²⁰⁶

Así pues, en el Estado de Missouri, prevalece la aplicación de la “custodia conjunta” en situaciones de crisis familiar, pero a diferencia de lo acontecido en nuestro Derecho sustantivo, no se deniega la concesión de la custodia compartida por negativa de uno de los progenitores.

6.1.10 Estado de Alaska

El Estado de Alaska (Alaska Statutes, Title 25, Chapter 20) señala en AS 25.20.060 << a) El Tribunal otorgará la custodia sobre la base del mejor interés del niño. Al determinar cuál es el mejor interés del niño, el tribunal tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos los enumerados en AS 25.24.150 c). En una determinación de custodia formulada en virtud de la presente sección, el tribunal establecerá un régimen de visitas a favor de un abuelo u otra persona si ello coincide con el mejor interés del niño.

²⁰⁶ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

b) Ninguno de los padres, con independencia de la cuestión de la legitimidad del niño, tendrá preferencia a efectos de la adjudicación de la custodia.

c) El tribunal podrá conceder la custodia compartida (shared custody) a ambos padres si considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño. Una sentencia de custodia compartida asegurará que el niño tenga contacto frecuente y continuo con cada uno de los padres en la mayor medida posible. >> ²⁰⁷

6.1.11 Estado de Pensilvania

El Estado de Pensilvania (Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations) establece << &5301. Declaración política. La Asamblea General declara que es política de este Estado, cuando ello redunde en beneficio del mejor interés del niño, garantizar un contacto razonable y continuo del niño con ambos padres tras la separación o ruptura del matrimonio, y la compartición de derechos y responsabilidades de la crianza del niño por ambos padres, así como el contacto continuo del hijos o hijos con sus abuelos en caso de fallecimiento de uno de sus padres, o de divorcio o separación de sus padres.

&5302. Definiciones. “Custodia compartida”. Orden por la que se concede la custodia legal compartida o la custodia física compartida de un niño, a ambas partes, de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres y el acceso material a ambos.

&5303. Concesión de la custodia, de la custodia parcial o del derecho de visita. a) Norma general- Al dictar una sentencia de custodia , custodia parcial o derecho de visita a favor de cualquiera de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, entre otros factores, cuál de los padres favorecerá y permitirá con mayor probabilidad el contacto y el acceso material frecuente y continuo entre el progenitor no custodio y el niño.

&5304. Concesión de la custodia compartida. El tribunal podrá dictar una sentencia de custodia compartida cuando ello coincida con el mejor interés del niño:

1. A solicitud de uno de los padres o de ambos.

²⁰⁷ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title25/Chapter20.htm>

2. Cuando las partes se hayan puesto de acuerdo sobre la concesión de la custodia compartida,
3. Según las facultades discrecionales del Tribunal

&5306. Plan de aplicación de la sentencia de custodia. El tribunal podrá si lo considera oportuno, requerir a los padres para que presenten un plan de aplicación de una orden dictada con arreglo al presente subcapítulo. A petición de cualquiera de los padres o del tribunal, la sección de relaciones domésticas del tribunal u otra parte u organismo autorizado por el tribunal, ayudarán a los padres a formular y aplicar el plan. >> ²⁰⁸

6.1.12 Estado de Nevada

El Estado de Nevada (Nevada Revised Statutes, Chapter 125) señala << NRS 125.460. Política de Estado. El Parlamento declara como política de este Estado la siguiente:

1. Asegurar que los hijos menores de edad mantengan contactos frecuentes y una relación continúa con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio; y
2. Alentar a esos padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos.

NRS 125.480. Mejor interés del niño; Preferencias; Consideraciones del tribunal; Presunción cuando el tribunal determina que el progenitor o la persona que convive con el niño es perpetrador de violencia doméstica.

1. Al determinar la custodia de un hijo menor de edad en relación a una demanda interpuesta con arreglo al presente capítulo, la única consideración del tribunal es el mejor interés del niño. Si el tribunal considera que la custodia compartida coincide con el mejor interés del niño, podrá conceder la custodia a las partes conjuntamente.
2. No se otorgará preferencia a ninguno de los progenitores por la sola razón de que sea la madre o el padre del niño.

²⁰⁸ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace:
<http://members.aol.com/StatutesP2/23.Cp.53A.html>

3. El tribunal otorgará la custodia por el siguiente orden de preferencia, a menos que, en determinados casos, el mejor interés del niño requiera otro criterio: a) A ambos padres conjuntamente, de conformidad con la disposición NRS 125.490, o a cualquiera de ellos. Si no dicta sentencia de custodia conjunta de un niño después de que cualquiera de los padres la haya solicitado, el tribunal deberá exponer en su sentencia los motivos por los que ha negado la solicitud de ese progenitor. Al otorgar la custodia a cualquiera de los padres el tribunal deberá tener presentes, entre otros factores, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño tenga relaciones frecuentes y continuas con el progenitor no custodio.

NRS 125.490. Custodia conjunta.

1. Se da por supuesto, salvo prueba en contrario, que la custodia compartida coincide con el mejor interés de un hijo menor si los padres han acordado la atribución de la custodia conjunta o lo acuerdan ante el tribunal en sesión pública celebrada para determinar la custodia del hijo o los hijos menores del matrimonio.
2. El tribunal podrá conceder la custodia legal conjunta sin otorgar la custodia física conjunta en caso de que los padres hayan optado de mutuo acuerdo por la custodia legal conjunta.
3. A fin de determinar con mayor propiedad la conveniencia de una resolución de custodia conjunta, el tribunal podrá ordenar que se lleve a cabo una investigación. >>²⁰⁹

6.1.13 Estado de Montana

El Estado de Montana (Montana Code Annotated 1995) establece <<40-4-222. Declaración de la intención del legislador- Custodia conjunta. El poder legislativo del Estado de Montana considera y declara que es política pública de este Estado garantizar a los hijos menores el contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a

²⁰⁹ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.leg.state.nu.us/NRS/NRS-125.html>

compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de los hijos para llevar a efecto esta política. El poder legislativo considera que los tribunales de distrito del Estado de Montana están facultados para otorgar la custodia conjunta, siempre que, a su entender, coincida con el mejor interés del niño en el caso concreto que examinan. La finalidad de los párrafos 40-4-222 a 40-4-225 es establecer determinadas directrices para la resolución de las diferencias sobre la custodia.

40-4-223. Concesión de la custodia conjunta o individual.

1. En los litigios relativos a la custodia de un hijo menor en que las partes sean ambos padres, el tribunal otorgará la custodia en función del mejor interés del niño, con arreglo a lo previsto en la sección 40-2-212: a) A ambos padres conjuntamente, el tribunal averiguará si se ha suscrito, con conocimiento de causa y de modo voluntario, un acuerdo de custodia conjunta; o b) a cualquiera de los padres. Al adjudicar la custodia a uno de los padres, el tribunal tendrá en cuenta, junto con los factores enunciados en la sección 40-4-212, cuál de los padres permitirá, con mayor probabilidad, que el niño mantenga contacto frecuente y continuo con el progenitor no custodio, y no podrá establecer preferencia a favor de uno de los padres como custodio por razón de sexo.
2. Al adoptar una resolución, el tribunal requerirá la presentación de un plan para la aplicación de la orden de custodia.
3. El tribunal expondrá en su declaración las razones y los factores que ha tenido en cuenta para adoptar su resolución.

40-4-224. Custodia conjunta- Modificación- Consulta con profesionales.

1. Si uno de los padres o ambos solicitan la custodia conjunta, el tribunal da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés de un hijo menor, salvo que el tribunal considere, con arreglo a los factores expuestos en la sección 40-4-212, que la custodia conjunta no redundará en beneficio del mejor interés del hijo menor. Si decide no dictar una orden de custodia conjunta, el tribunal expondrá en su decisión las razones por las que ha denegado la custodia conjunta. La objeción a la custodia conjunta por un progenitor que trate de obtener la custodia exclusiva no es base suficiente para

considerar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del hijo, como tampoco lo es la constatación de que exista hostilidad entre los progenitores. Sin embargo, la constatación de que uno de los padres ha maltratado físicamente al otro o al niño constituye base suficiente para determinar que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

2. A los efectos de lo dispuesto en el presente artículo por “custodia conjunta” se entenderá una orden que concede la custodia del hijo menor a ambos padres y establezca que la custodia y la residencia física del niño se repartirán entre los padres de forma que se garantice al niño un contacto frecuente y continuo con ambos progenitores. La distribución del tiempo de convivencia entre los padres deberá ser lo más equitativa posible, no obstante: a) cada caso se determinará en función de sus aspectos prácticos, siendo la consideración fundamental el mejor interés del niño, y b) al distribuir el tiempo de convivencia entre los padres, el tribunal tendrá en cuenta el efecto de esa distribución en la estabilidad y continuidad de la educación del niño.
3. Cualquier orden de custodia conjunta podrá modificarse de acuerdo con la sección 40-4-219 a efectos de poner fin a la custodia conjunta.
4. El tribunal podrá, en cualquier momento, instar a las partes a que consulten con profesionales cualificados que les ayuden a elaborar un plan para la aplicación de la sentencia de custodia o resolver cualquier disensión que surja en la aplicación de tal plan. >> ²¹⁰

En el Estado de Montana, por tanto, si uno o ambos progenitores solicitan la “custodia conjunta”, el Tribunal da por hecho que dicha modalidad de custodia se adecua al interés del menor, ordenándose la aplicación conjunta de la responsabilidad parental. No obstante, el Tribunal podrá, de acuerdo con lo manifestado por los progenitores, conceder a ambos o a una de las partes la responsabilidad final sobre el cuidado del menor. Si bien, si la autoridad judicial acuerda prescindir de la custodia conjunta, deberá, en todo caso, motivar su decisión.

²¹⁰ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace:
<http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mcatoc/40.htm>

6.1.14 Estado de Mississippi

El Estado de Mississippi (Mississippi Code of 1972, as amended By Laws 2000, Chapter 453, Secc.1, HB214) señala: << SEC-93-5-24. Tipos de custodia concedida por los tribunales; Custodia conjunta; No presunción a favor de la custodia materna; Acceso al progenitor no custodio a la información relativa al niño.

- 1) La custodia se concederá, en función del mejor interés del niño, con arreglo a las modalidades siguientes
 - a) Custodia física y legal a ambos padres conjuntamente
 - b) Custodia física a ambos padres conjuntamente y custodia legal a cualquiera de ellos
 - c) Custodia legal a ambos padres conjuntamente y custodia física a cualquiera de los padres
 - d) Custodia física y legal a cualquiera de los padres
- 2) Cuando el fundamento del divorcio sea la existencia de diferencias irreconciliables, podrá concederse la custodia conjunta si ambos padres lo solicitan y el tribunal lo considera oportuno.
- 3) En los demás casos, el tribunal en uso de sus facultades discrecionales, podrá conceder la custodia conjunta a solicitud de uno de los padres o de ambos.
- 4) Se dará por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del menor cuando ambos padres estén de acuerdo en su otorgamiento.
- 5)
 - a) A los efectos de la presente sección, por “custodia conjunta” se entenderá custodia física y legal conjunta.
 - b) A los efectos de la presente sección por “custodia física” se entenderá la ejercida en los períodos en que el niño reside con uno de sus padres o esté a su cargo o bajo su supervisión.
 - c) A los efectos de la presente sección, por “custodia física conjunta” se entenderá que cada uno de los padres tendrán períodos significativos de custodia física. La custodia física conjunta será compartida por los padres de tal forma que se garantice al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres.

d) No existirá presunción a favor de la madre al adjudicar la custodia legal o física en función del mejor interés del niño. >>²¹¹

6.1.15 Estado de Florida

El Estado de Florida (Florida Statutes Annotated) establece: << 61.121. Custodia alterna. El Tribunal podrá ordenar la custodia alterna si considera que coincide con el mejor interés del niño.

61.13- 1 e) 2) b) 1- Es política pública de este Estado asegurar que cada hijo menor de edad tenga contacto frecuente y continuo con ambos padres tras la separación de éstos o la ruptura de su matrimonio, y alentar a los padres a compartir los derechos y responsabilidades, así como las satisfacciones, de la crianza de los hijos. Tras el examen de todos los datos pertinentes, se otorgará al padre la misma consideración que a la madre al determinar la residencia primaria del niño, con independencia de la edad o del sexo del niño.

61.13-1 e) 2) b) 2ª- Al ordenar la compartición de la responsabilidad parental el tribunal podrá tener en cuenta los deseos expresados por los padres y conceder a una de las partes la responsabilidad final de determinados aspectos del bienestar del niño, o podrá dividir esa responsabilidad entre las partes sobre la base del mejor interés del niño. Entre los aspectos de responsabilidad, podrá incluirse la residencia primaria, la educación, la atención médica y odontológica y otras responsabilidades que el tribunal considera exclusivas de una familia determinada.

61.13-1 e) 3)- A los efectos de compartición de responsabilidad parental y atribución de la residencia primaria, el mejor interés del niño comprenderá una evaluación de todos los factores que afectan al bienestar y los intereses del niño, en particular los siguientes:

a) La mayor probabilidad de que uno de los padres permita al niño mantener un contacto frecuente y continuo con el progenitor no residente.

²¹¹ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace:
<http://www.mscode.com/free/statutes/93/005/0024.htm>

b) La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimentos, vestido, asistencia médica y otros cuidados terapéuticos reconocidos y permitidos por las leyes de este Estado como sustitutivos de la asistencia médica, y atender sus restantes necesidades materiales.

j) La buena disposición y capacidad de cada uno de los padres para facilitar y fomentar una estrecha y constante relación familiar entre el niño y el otro progenitor.

k) Los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica de conformidad con el artículo 741.30. >>²¹²

6.1.16 Estado de Wisconsin

El Estado de Wisconsin (1999-2000 Wisconsin Statutes and Annotations, Chapter 767, Actions Affecting the family) establece <<767.001 Definiciones. (1s) Por “custodia legal conjunta” se entenderá la condición en virtud de la cual ambas partes comparten la custodia legal, y en ningún caso los derechos de custodia legal de una parte serán superiores a los de la otra, excepto en caso de determinadas decisiones del tribunal o de las partes establecidas en la sentencia u orden definitiva.

(5) Por “convivencia física” se entenderá la condición en virtud de la cual una de las partes tiene derecho a la presencia física del niño y el derecho y la responsabilidad de adoptar las decisiones cotidianas ordinarias relativas al cuidado del niño, de conformidad con las decisiones generales adoptadas por una persona que tenga la custodia legal.

767.24 Custodia y Convivencia física.

2) CUSTODIA A LAS PARTES: CONJUNTA O ESCLUSIVA. Con sujeción a lo dispuesto en los párrafos a), b) y c) sobre la base del mejor interés del niño el tribunal podrá otorgar la custodia legal conjunta o la custodia legal exclusiva de un hijo menor de edad:

²¹² Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace:
<http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?Appmode=Display Statute&URL=Ch0061/titl0061.htm>

a) El tribunal dará por supuesto que la custodia legal conjunta coincide con el mejor interés del niño

b) El tribunal podrá conceder la custodia legal exclusiva únicamente si considera que ello coincide con el mejor interés del niño y se cumple alguna de las condiciones siguientes:

1) Ambas partes están de acuerdo en otorgar la custodia legal exclusiva a la misma parte

2) Las partes no están de acuerdo respecto de la concesión de la custodia legal exclusiva a la misma parte, pero al menos una de las partes solicita la custodia legal exclusiva y el tribunal constata que concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a. Una de las partes no es capaz de desempeñar los deberes y las responsabilidades parentales o no desea participar activamente en la crianza del hijo.

b. Existen una o varias condiciones que obstaculizarían sustancialmente el ejercicio de la custodia legal conjunta.

4) DETERMINACIÓN DE LA CONVIVENCIA FÍSICA. a) 2) Al determinar los períodos de convivencia física, el tribunal tendrá en cuenta cada caso en función de los factores previstos en la subsección 5). El tribunal establecerá un calendario de residencia que permita al niño disfrutar de períodos regulares y significativos de convivencia física con cada uno de sus padres y establezca en el nivel máximo posible la cantidad de tiempo que el niño puede pasar con cada progenitor, teniendo en cuenta la separación geográfica y la ubicación de los distintos hogares.

c) Ningún tribunal podrá denegar o conceder períodos de convivencia física por incumplimiento o cumplimiento de obligaciones financieras para con el niño o, si las partes estuvieran casadas, para con el ex cónyuge.

5) FACTORES QUE SE TENDRÁN EN CUENTA AL DETERMINAR LA CUSTODIA Y LA CONVIVENCIA FÍSICA. Al determinar la custodia legal y los períodos de convivencia

física, el tribunal tendrá en cuenta todas las circunstancias relacionadas con el mejor interés del niño. El tribunal no podrá otorgar preferencia a uno de los padres o potencial custodio sobre el otro por razón de su sexo o raza. >> ²¹³

6.1.17 Estado de Texas

El Estado de Texas (Texas Family Code, Chapter 153- Conservatorship, possession and Access) señala: << &153.001 Política Pública. a) Es política pública de este Estado:

- 1) Asegurar que los niños tengan un contacto frecuente y continuo con los padres que han mostrado su capacidad para actuar en función del mejor interés del niño.
- 2) Proporcionar al niño un entorno seguro, estable y exento de violencia.
- 3) Animar a los padres a compartir los derechos y deberes de la crianza de sus hijos tras la separación o ruptura matrimonial.

b) Ningún tribunal podrá dictar una sentencia que supedite al pago de pensiones alimenticias el derecho de un titular de custodia (conservator) a la convivencia o el contacto con el niño.

&153.002 Mejor interés del niño. El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.

&153.003 No discriminación por razón de sexo o estado civil. El tribunal tendrá en cuenta las aptitudes de las partes con independencia del estado civil o del sexo de cada parte o del niño al determinar:

- 1) La concesión de la custodia exclusiva a una parte.
- 2) La concesión de la custodia conjunta a una parte, y
- 3) Los términos y condiciones de la custodia y responsabilidades y de acceso al niño.

&153.013 Falsas acusaciones de maltrato infantil.

²¹³ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.legis.state.wi.us/naw/wislaw.htm> >Wisconsin Law >Statutes >Chapter 767

- a) Si una parte en un procedimiento relativo a la relación entre padres e hijos realiza, en el curso del procedimiento, una acusación de maltrato infantil contra la otra parte, a sabiendas de que su acusación carece de fundamento, el tribunal considerará la acusación como deliberadamente falsa.
- b) Las pruebas de falsas acusaciones de maltrato infantil son admisibles en un procedimiento entre las partes interesadas a efectos de las condiciones de la custodia del niño.

&153.071 Establecimiento por el tribunal de los derechos y deberes de un progenitor designado como progenitor custodio. Si se concede a ambos padres la custodia del niño, el tribunal especificará los derechos y deberes que han de ejercer:

- 1) Cada progenitor por separado.
- 2) Ambos progenitores de mutuo acuerdo.
- 3) Exclusivamente uno de ellos.

&153.131 Presunción en el nombramiento de progenitor custodio. b) Existe la presunción de derecho de que el nombramiento de ambos padres para ejercer la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño. La constatación de antecedentes de violencia familiar por parte de los padres de un niño anula la presunción prevista en esta subsección.

&153.251 Política y aplicación general de directrices. b) Es política de este Estado fomentar el contacto frecuente entre un hijo y cada uno de sus padres durante períodos de responsabilidad que permitan desarrollar al máximo una relación estrecha y continua entre cada uno de los padres y el niño. >> ²¹⁴

6.1.18 Estado de Alabama

El Estado de Alabama (Code of Alabama, 1975, Acts 1996, nº 96-520) señala: << &30-3-150 Política de Estado. Custodia conjunta. Es política de este Estado asegurar que los niños menores de edad tengan contacto frecuente y continuo con los padres que hayan demostrado capacidad para actuar según el mejor interés de sus hijos, y alentar

²¹⁴ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>

a los padres a compartir los derechos y responsabilidades de la crianza de sus hijos tras su separación o ruptura matrimonial. Por “custodia conjunta” no se entenderá necesariamente custodia física en porcentajes iguales.

&30-3-151 Definiciones. A los fines del presente artículo, se tendrán en cuenta las definiciones siguientes:

- 1) Custodia conjunta: Comprende la custodia legal conjunta y la custodia física conjunta.
- 2) Custodia legal conjunta: Ambos padres tienen idénticos derechos y responsabilidades para la adopción de las decisiones importantes relativas al niño, como por ejemplo la educación, la atención sanitaria y la formación religiosa. El tribunal podrá atribuir determinadas facultades decisorias a un solo progenitor, al tiempo que ambos padres conservan la igualdad de derechos y responsabilidades respecto de otras decisiones.
- 3) Custodia física conjunta: Los padres comparten la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto frecuente y sustancial con cada uno de ellos. La custodia física conjunta no significa necesariamente que los períodos de custodia física tengan idéntica duración.

&30-3-152 Consideraciones de los Tribunales, factores que se tendrán en cuenta.

- c) El tribunal considerará en cada caso la atribución de la custodia conjunta, pero podrá otorgar cualquier forma de custodia en función del mejor interés del niño.
- d) El tribunal podrá ordenar una forma de custodia conjunta sin consentimiento de ambos padres cuando considere que el mejor interés del niño lo requiere.
- e) Si ambos padres solicitan la custodia conjunta, se da por supuesto que la custodia conjunta coincide con el mejor interés del niño.

&30-3-153 Plan de los padres. a) Para poner en práctica la custodia conjunta, el tribunal requerirá a los padres para que presenten, como parte de su acuerdo, disposiciones sobre las cuestiones relativas al cuidado y la custodia del niño. >> ²¹⁵

6.1.19 Estado de Michigan

El Estado de Michigan (Child Custody Act) señala: << 722-26^a Custodia conjunta. Sec. 6^a. 1) En los litigios entre padres en relación con la custodia, se recomendará a los padres la adopción de la custodia conjunta. Si cualquiera de los padres lo solicita, el tribunal examinará la concesión de la concesión de la custodia conjunta, y expondrá en su sentencia las razones para otorgar o denegar la solicitud.

2) Si los padres están de acuerdo respecto de la custodia conjunta, el tribunal concederá la custodia conjunta, a menos que determine en su sentencia, sobre la base de pruebas claras y convincentes, que la custodia conjunta no coincide con el mejor interés del niño.

3) Si concede la custodia conjunta, el tribunal podrá incluir en su dictamen una declaración respecto del tiempo de residencia del niño con cada uno de los padres o podrá establecer que los progenitores compartan la custodia física de forma que se asegure al niño el contacto continuo con ambos.

7) A los efectos del presente artículo, se entenderá por “custodia conjunta” una orden del tribunal en la que se establezca una de las siguientes disposiciones o ambas:

1. Que el niño residirá de forma alterna durante períodos concretos con cada uno de los padres.
2. Que los padres compartirán la autoridad para tomar decisiones importantes que afecten al bienestar del niño. >>²¹⁶

²¹⁵ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>

²¹⁶ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.aaaalegalcenter.com/Joint.htm>

6.2 Francia

En Francia, Ségolène Royal, siendo Ministra delegada de familia y la infancia del Gobierno francés, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto de reforma que, pretendía la instauración legal de la custodia compartida de los hijos de padres separados. La iniciativa, titulada “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias” se enmarcaba en la reforma del derecho de familia emprendida por el Gabinete del socialista Lionel Jospin, que, así mismo, pretendía modernizar otros aspectos como la transmisión del apellido, los derechos sucesorios de viudos y viudas o el estatuto de los hijos adulterinos.

A juicio de la Ministra, cada hijo tenía el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. La fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana de cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño, y ello porque – a decir de Ségolène Royal- la continuidad del vínculo del niño con el padre es, ante todo, un derecho del niño y, en segundo lugar, un derecho y un deber del padre.²¹⁷

El artículo 371-1 del Code civil francés²¹⁸ establece la autoridad parental (que equivale a la patria potestad española) como el conjunto de derechos y obligaciones que tiene por finalidad el interés del hijo, y velar por su seguridad, salud, moralidad, educación y permitir su desarrollo como persona. De manera que la autoridad parental se ejerce de manera conjunta y no se ve alterada por la posterior separación de los progenitores. En este sentido, el artículo 373-2 del Code civil francés²¹⁹ establece que la separación

²¹⁷ http://residencealternee.free.fr/debats_parlementaires.doc

²¹⁸ Artículo 371-1 Code civil francés (Ley nº 70- 459 de 4 de junio de 1970 art. 1 Diario Oficial de 5 de junio de 1970, en vigor desde 1 de enero de 1971) (Ley nº 2002- 305 de 4 de marzo de 2002 art.2 Diario Oficial de 5 de marzo de 2002) “*La patria potestad es un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es preservar el interés del niño.*

Será ejercido por los padres hasta que el hijo alcance la mayoría de edad o su emancipación con el objeto de velar por su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, con el respeto debido a su persona.

Los padres permitirán a los hijos participar en las decisiones que les afecten, según su edad y grado de madurez.”

²¹⁹ Artículo 373-2 Code civil francés (Ley nº 70- 459 de 4 de junio de 1970 art. 1 Diario Oficial de 5 de junio de 1970) (Ley 87-570 de 22 de julio de 1987 art.15 Diario Oficial de 24 de julio de 1987) (Ley nº 93- 22 de 8 de enero de 1993 art. 42 Diario Oficial de 9 de enero de 1993) (Ley nº 2002- 305 de 4 de marzo de 2002 art.6 I y II Diario Oficial de 5 de marzo de 2002) “*La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad.*

de los padres no repercute en las reglas de atribución del ejercicio de la autoridad parental. Siendo, así mismo, muy clarificadora la excepción prevista en el artículo 373-2-1 del Code civil²²⁰ en el sentido de que el interés del menor puede exigir que el Juez determine el ejercicio de la autoridad parental a uno de los padres pero conservando el otro cónyuge el derecho de visitas, el tenerlo en su compañía, cuidarlo, educarlo, alimentarlo, y debiendo ser informado de las decisiones más importantes relativas a la vida del menor.

La nueva Ley Nº 2002-305 de 4 de marzo de 2002 titulada: “La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias.”(En vigor el 5 de marzo de 2002) estableció como disposiciones más innovadoras:

- La desaparición del concepto de custodia, ahora se habla de ejercicio común de la autoridad parental (“Autorité parentale”) la cual comprende los aspectos personales y patrimoniales relacionados con los hijos. Así pues, como regla general la “autorité parentale” se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, salvo, como ya hemos mencionado, que el interés del hijo exija que el Juez confíe dicho ejercicio a uno solo de los padres (Art. 373-2 del Code civil, tras su modificación por la Ley 2002- 305, de 4 de marzo)
- Se concede prioridad al convenio presentado por los padres y, en caso de desacuerdo entre éstos, a las fórmulas de mediación(a instancias del propio Tribunal)

Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de éste con el otro progenitor.

Todo cambio en la residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juge aux affaires familiales que adopte una decisión en función del interés del niño. El Juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño.”

²²⁰ Artículo 373-2-1 Code civil francés (Introducido por Ley nº 2002- 305 de 4 de marzo de 2002 art. 6 I y III Diario Oficial de 5 de marzo de 2002) “*Si el interés del niño lo exigiera, el Juez podrá conferir el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres.*

El ejercicio del derecho de visita y alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Este progenitor conservará el derecho y el deber de velar por el mantenimiento y la educación del niño. Deberá ser informado de las decisiones importantes relativas a la vida del menor. Deberá cumplir las obligaciones que le impone el artículo 371-2.”

- La posibilidad de fijar la residencia del niño en el domicilio de cada uno de los progenitores con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.
- En caso de desacuerdo entre los padres respecto del modo de residencia del niño, el establecimiento de la residencia alterna del niño (“résidence alternée”) durante un plazo determinado o con carácter definitivo. Así pues, en los supuestos en que no existe acuerdo entre los progenitores, el Art. 373-2-9 del Code civil²²¹, concede al Tribunal de Familia facultades para establecer, si lo considera conveniente para el interés de los menores, un sistema de “résidence alternée”: Si uno de los progenitores lo solicita, o cuando los dos progenitores no se muestren de acuerdo con el sistema de residencia. El Tribunal podrá establecer este sistema de “résidence alternée” con carácter provisional y por un plazo determinado, finalizado el cual, habrá de valorar de forma definitiva, qué sistema adopta, si el de residencia alterna en el domicilio de cada uno de los progenitores o la residencia en el domicilio de uno solo de ellos, para ello el Tribunal de familia deberá tener en cuenta una serie de circunstancias: La práctica seguida anteriormente por los progenitores o los acuerdos que hubiesen firmado con anterioridad; los sentimientos expresados por los menores; la aptitud de cada progenitor para asumir los deberes de la patria potestad y, para respetar los correlativos derechos del otro progenitor; el resultado de los informes periciales que se hubiesen realizado teniendo particularmente en cuenta la edad del menor; y los datos de los informes sociales que se hubiesen realizado.

²²¹ Artículo 373-2-9 Code civil francés (Introducido por la Ley nº 2002- 305 de 4 de marzo de 2002 art.5 V Diario Oficial de 5 de marzo de 2002) *“En aplicación de los dos artículos precedentes, la residencia del niño podrá fijarse en el domicilio de cada uno de los padres, con carácter alterno, o en el domicilio de uno de ellos.*

Si uno de los progenitores lo solicita o en caso de desacuerdo entre ambos respecto del modo de residencia del niño, el Juez podrá ordenar con carácter provisional una alternancia de residencia durante un plazo determinado. Al término de este plazo, el Juez emitirá un fallo definitivo sobre la alternancia de residencia del niño en el domicilio de cada uno de los padres o la residencia en el domicilio de uno de ellos.”

6.3 Gran Bretaña

En Inglaterra la responsabilidad parental, entendida como el conjunto de derechos, deberes, poderes, responsabilidades y autoridad que cada progenitor ostenta por Ley en relación al menor y sus bienes, se halla recogida en la Children Act de 1989 que se completa con la Adoption and Children Act de 2002.²²² La actual regulación ha sustituido el concepto de custodia por el de responsabilidad parental, que a mi juicio resulta más amplio y extenso que el de custodia. Sin perjuicio de la libertad de que gozan los progenitores para establecer y adoptar acuerdos en un procedimiento de separación o divorcio, los Tribunales, a la hora de acordar cualquier decisión judicial, y siempre bajo el prisma del interés del menor, habrán de tener en cuenta especialmente: Las necesidades físicas, emocionales y educativas de los menores, los efectos que el cambio de circunstancias habrán de tener sobre el desarrollo posterior del menor, cualquier daño que haya sufrido o pueda sufrir el menor, la edad, sexo, o cualesquiera otra circunstancia que el Juzgado considere relevante, así como la capacidad de cada uno de los progenitores para satisfacer las necesidades de los menores.

La Children Act de 1989 no contempla la custodia compartida, sólo la orden de residencia (residence order), por la cual se establecen las condiciones que tiene que cumplir la persona con la que va a convivir el menor. El Juez puede adoptar una serie de decisiones ("orders"):-1. "Contact order" o régimen de visitas, señalando los períodos de tiempo en que el progenitor no custodio podrá relacionarse con el menor, o tenerlo en su compañía. Siendo habitual la fijación de un amplio régimen de visitas y comunicaciones que permita una implicación directa de ambos progenitores en el cuidado y educación de los hijos comunes.

-2. "Residence order" determinando con quién de los progenitores pasará a residir el menor. Las órdenes de residencia dictadas por los Tribunales británicos pueden ser establecidas a favor de dos o más personas aunque no convivan entre sí ni con el menor, bastando a estos efectos, que el menor hubiese convivido durante un período de al menos tres años, con la persona que solicita le sea concedida la orden de residencia. En estos supuestos de "share residence", la orden de residencia deberá

²²² www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-247dossier16.pdf?sfursn=2

especificar los períodos de tiempo en los que el menor habitará en las diferentes residencias, no estableciéndose, sin embargo, en la Ley sistemas para supervisar esta residencia compartida o “share residence”.

-3. “Prohibited steps order”, en dichas resoluciones judiciales se establecen prohibiciones para tomar decisiones sin consentimiento expreso del Juzgado en aquellos temas contenidos en la propia resolución y que, en principio, son susceptibles de ser solventados por los titulares de la responsabilidad parental.

-4. “Specific issue order”, son resoluciones adoptadas por el Juzgado para proporcionar instrucciones dirigidas a solventar una cuestión específica que ha surgido en torno a cualquier aspecto relativo a la responsabilidad parental de un menor.²²³

6.4 Italia

En derecho italiano no existe una definición legal de responsabilidad parental o “potestà genitoriale”, si bien doctrinalmente²²⁴ se viene admitiendo que comprende la totalidad de los derechos y obligaciones que deben ser ejercitados exclusivamente en beneficio de los menores.²²⁵ El régimen de custodia (“affidamento”) se modificó con ocasión de la reforma operada por la Ley 54/ 2006, de 8 de febrero. Con anterioridad a dicha reforma la Ley de Divorcio nº 898 de 1 de diciembre de 1970, en materia de casos de disolución del matrimonio, señalaba en su artículo 6 que: “*En lo que respecta a los hijos en la sentencia se señalará quién de los padres tendrá la custodia de los*

²²³ Dichas orders pueden ser consultadas <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf> El Informe Reencuentro es un excelente estudio al respecto realizado por Javier Alvarez y Rafael Marañón.

²²⁴ STANZIONE PASQUALE “*Interesse del minore e statuto dei suoi diritti*.” En Studi in memoria de Gino Gorla, Milano, 1994.

DOGLIOTTI MASSIMO “*Ché cosa è l’interesse del minore?*” En il diritto di famiglia e delle persone. 1992.

TORTORICI PASTOR C. “*Minore età e handicaps nel diritto civile spagnolo*.” Napoli- Roma, 1990.

STANZIONE P. “*Interesse del minore e statuto dei suoi diritti*.” Studi in memoria de Gino Gorla, Tomo II, Guiffré Editore, 1994. Página 1767 << L’apprezzamento dell’interesse del minore dev’essere lasciato alla valutazione casistica delle circostanze presenti nell’ipotesi concreta, sí da individuare di volta in volta l’effettiva tensione di sviluppo. E mi sembra che sia la strada imboccata da tempo dalla giurisprudenza italiana. >>

²²⁵ Ley de 28 de marzo de 2001, nº 149 << Modifique ala legge 4 maggio 1983, nº 184 raconte <<Disciplina dell’adozione e dell’affidamento del minori >> nonché al titolo VIII del libro del Codice civile. Dicha Ley modifica el Título VIII del Código civil para dar protección al menor disponiendo que: “El menor tiene el derecho de crecer y ser educado en el ámbito de su familia, si los progenitores no tienen suficientes recursos para este fin, el Estado, las Regiones y los Entes locales dentro de sus propias competencias deben proveer las ayudas necesarias.”

mismos y ejercerá, bajo la vigilancia del Juez tutelar, la patria potestad, sin embargo, ambos padres conservan el derecho y la obligación de vigilar la educación de la prole y de alimentarlos.” En dicho artículo se contemplaba el “affidamento congiunto” en el que correspondía a ambos padres la responsabilidad parental, de tal forma que ambos se corresponsabilizaban en la crianza y educación de los hijos de forma paritaria, de forma similar a la regulación de la patria potestad en Derecho español. Pero en dicho artículo también se contemplaba el “affidamento alternato”, en el que si se exigía la alternancia de los períodos de convivencia con uno y otro progenitor, bien variando el menor de domicilio, o bien cambiando los progenitores de domicilio.

Tras la reforma operada por la Ley 54/ 2006, de 8 de febrero, relativa al affido condiviso, la gran novedad introducida en el artículo 155 del Codice civile²²⁶ es la valoración prioritaria por parte del juez del “affidamento condiviso” que permite a los progenitores tener una intervención activa en la evolución, desarrollo, cuidado y crianza de los hijos, y que ha de ser valorado prioritariamente por el Juez en el momento de determinar judicialmente el modo en que se ejercerá el cuidado de los hijos y los efectos de la separación de los progenitores. Así mismo, el legislador deja al prudente arbitrio del Juez y de los acuerdos que puedan alcanzar las partes, la regulación de la colocación de los menores, de forma que podrá designarse un progenitor principal, o bien, una alternancia más o menos estricta de la residencia de los hijos.

²²⁶ Legge 8 febbraio 2006, n° 54 relativa all’Affido condiviso, art. 155 Codice civile: “Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. >>

Artículo 155 Codice civile: “También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continuativa con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre)”

En relación al primer punto, el Juez adoptará las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tendrá en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quien de los dos le sea otorgada, determinará los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y a su educación.

El Juez, además, tendrá que tener en cuenta, siempre tutelando el interés de los hijos, de los posibles acuerdos entre los padres. Adoptará todas las medidas relativas a los hijos. La patria potestad se otorgará a ambos progenitores. Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el Juez. Solo para las decisiones sobre temas de ordinaria administración, el Juez puede establecer que los padres ejerciten la patria potestad separadamente.”

También se regula el “affidamento esclusivo”, esto es, la atribución de la guarda y custodia de los menores a uno solo de los progenitores, preservando, no obstante, el derecho de los menores a mantener una relación equilibrada y continuada con el progenitor no custodio.²²⁷

A diferencia de lo que ocurre en la legislación española, en Italia no es determinante el acuerdo de los progenitores, sino que la modalidad de custodia compartida debe regir, por lo general, en todas las situaciones de separación o divorcio. Así pues, en la legislación italiana se establece la aplicación preferente de la guarda alternada

6.5 Alemania

En derecho alemán no es necesario distinguir entre guarda y custodia y patria potestad, pues en principio siempre vendrán unidas.²²⁸ La Ley de 18 de julio de 1979²²⁹ reformó la regulación de la patria potestad, a partir de la cual, la patria potestad (elterliche sorge) comprende en el Derecho alemán tanto el cuidado de la persona del hijo (personensorge) como el cuidado del patrimonio del hijo (vermögenssorge) y su representación. Además la patria potestad se identifica con la guarda y custodia del menor, de forma que el titular de la patria potestad tendrá siempre la guarda y custodia del hijo menor de edad.²³⁰

²²⁷ MARÍN GARCIA DE LEONARDO M.T. “Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso.” *Diario La Ley*. Número 7105, año XXX, 2 de febrero de 2009, refª D-29. Página 1449 << En Italia, para establecer una guarda y custodia exclusiva, el Juez debe justificar las razones por las que la guarda y custodia compartida no procede y es contraria a los intereses del menor. >>

²²⁸ TORRES PEREA J. M. “Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho.” *Interés del menor y Derecho de familia, una perspectiva multidisciplinar*. Madrid, 2009. 1ª Edición. Página 235

²²⁹ Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge de 18 de julio de 1979.

²³⁰ La reforma de 1979 supuso adaptar la legislación alemana a la nueva realidad social, situando el cuidado y la protección del menor como eje prioritario de la relación paterno- filial. La anterior concepción de la institución de la patria potestad situaba los intereses de los padres como prioritarios, y suponía la sumisión de los menores a la voluntad paterna, la institución de la patria potestad se fundaba en el derecho de corrección de los padres, que justificaba la fuerza sobre el menor, de ahí su denominación << elterliche gewalt >> expresión que podemos traducir como << poder paterno >> o << fuerza paterna>>. Tras la Reforma de 1979 se desechó la anterior denominación sustituyéndola por la de <<elterliche sorge>> que podemos traducir como << cuidado paterno >>.

El parágrafo 1626 BGB²³¹ establece que los padres tienen la obligación y el derecho de cuidar al hijo menor de edad, a ello se denomina “cuidado paterno”, que abarca como hemos mencionado, tanto el cuidado personal del hijo, como la administración de sus bienes. La Ley para la Reforma del Derecho del Niño (Kind RG)²³², en vigor en julio de 1998, añadió un tercer párrafo al 1626 BGB estableciendo que: *“El bien del niño exige, por regla general, su relación con sus dos progenitores.”*

El BGB no preveía expresamente la posibilidad de establecer la custodia compartida de los hijos, eliminándose prácticamente la obligación de establecer reglas sobre el cuidado de los hijos tras la separación de los progenitores. En palabras de Zitelmann Maud ²³³<< Es el Estado quien al interpretar el interés del menor tiene la facultad de fijar cuál ha de ser el cuidado básico que ha de recibir el niño teniendo en cuenta la sociedad en que está integrado.>>

No obstante, uno de los mayores logros conseguidos por la Reforma introducida por la KindRG en 1998 aparece contenida en el parágrafo 1671 BGB ²³⁴ titulado << Vida separada con patria potestad compartida >> donde se prevé la posibilidad de que tras el divorcio de los padres, éstos puedan mantener compartido el ejercicio de la patria potestad del menor si ello es conveniente para el bien del menor. Señala que en caso de crisis matrimonial de los padres, si éstos viven separados de forma definitiva y ejercen, no obstante, conjuntamente el cuidado de los hijos, cada uno de ellos podrá solicitar que el Tribunal familiar le ceda el cuidado paterno o una parte del mismo a título unilateral. Deberá estimarse dicha solicitud siempre que se cumplan dos requisitos: Que el otro padre o madre lo consienta, salvo que el hijo sea mayor de

²³¹ Parágrafo 1626 BGB: *“Custodia de los hijos. Los principios. 1. Los padres tienen el deber y el derecho de cuidar al hijo menor de edad. La autoridad de los padres incluye el cuidado de la persona del niño y la capacidad del niño. 2. El cuidado y la educación de los padres tienen en cuenta el aumento de la capacidad del niño y la creciente necesidad de acciones independientes y responsables. 3. El bien del niño exige por regla la relación con sus progenitores. Lo mismo se aplica al tratamiento de otros individuos con quien el niño tiene vínculos cuando su mantenimiento es propicio para su desarrollo.”*

²³² Gesetzes zur Reform des Kindeschaftsrechts (KindRG) de primero de julio de 1998.

²³³ ZITELMANN MAUD *“Kindeswohl und Kindeswille: im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht.”* Munich, 2001. Páginas 128-129.

²³⁴ Parágrafo 1671 BGB: *“ Si en la convivencia de los padres, a los que corresponde el ejercicio conjunto de la patria potestad, se produce una separación no transitoria, podrá solicitar cada uno de ellos al Juzgado de familia que se le adjudique de forma exclusiva el completo ejercicio de la patria potestad o bien una parte de él.*

Dicha solicitud será atendida si el otro progenitor está de acuerdo salvo que el hijo común con catorce años cumplidos se oponga, o si el bien del niño exige que se suspenda el ejercicio de la patria potestad conjunta.

Si no hay lugar a admitir tal solicitud, el ejercicio de la patria potestad se regirá de acuerdo a otras consideraciones.”

catorce años y se oponga a dicha cesión; y en segundo lugar, que dicha cesión sea lo mejor para el bienestar del hijo.

En el supuesto de uniones de hecho, tras la separación, el cuidado del hijo corresponde a la madre, pero el padre puede pedir que se le ceda todo o parte de ese cuidado, pudiendo estimarse si a juicio del Tribunal dicha cesión resulta más favorable para el hijo. En el caso de uniones de hecho, sin embargo, la disconformidad del hijo mayor de catorce años no tiene ningún peso en la decisión.²³⁵

En esta línea, el bien del niño se erige en piedra angular para decidir acerca de la concesión o no de la patria potestad compartida, desprendiéndose la concepción de que lo mejor para el menor es que el ejercicio de la patria potestad tras la separación o el divorcio de sus padres se mantenga compartido. A este respecto Motzen Stefan²³⁶ llevó a cabo un seguimiento de la aplicación del 1671 BGB por los Tribunales alemanes, concluyendo que, en las decisiones judiciales tomadas en los procedimientos de divorcio podía observarse una elevada concesión a favor de la guarda y custodia compartida de los padres.

En esta línea, podemos distinguir tres modelos de cuidado personal de los hijos: a) El modelo de la residencia (“Domizilmodel”), en el que el hijo convive con uno de sus progenitores, correspondiendo al otro progenitor el derecho a mantener contacto directo y regular, así como a participar en la adopción de las decisiones más relevantes relativas al menor. Se denomina custodia conjunta con residencia principal.

b) El modelo del péndulo (“Wechselmodel”), en el que el hijo convive durante determinados períodos de tiempo con cada uno de los progenitores de forma alterna en el domicilio de uno y otro, debiendo acordarse conjuntamente por ambos progenitores las cuestiones de especial trascendencia para la vida de los menores. Se denomina custodia conjunta con convivencia alternada.

c) El modelo nido (“Nestmodel”) En el que el hijo convive durante determinados períodos de tiempo con cada uno de los progenitores de forma alterna pero permaneciendo siempre en el mismo domicilio, siendo los progenitores los que varían

²³⁵ GIESEN DIETER “*Familienrecht.*” Tübingen, 1994. Páginas 613-614: <<La intervención estatal para proteger al niño es necesaria e imprescindible, se trata de un avance en el estado social de derecho. >>

²³⁶ MOTZEN STEFAN “*Die Entwicklung des Rechts der elterliche Sorge und des Umgangs seit 2002.*” FamRZ, 2004. Página 1145.

su residencia durante dichos períodos de tiempo. Se denomina custodia conjunta con convivencia alternada en la misma casa por los padres.²³⁷

²³⁷ GERNHUBER JOACHING y COESTER- WALTJEN DAGMAR *“Lehrbuch des familienrechts.”* Munich, 1994, 57, IV <<Daswohl des Kindes >> Página 164: “El interés del menor (kindeswohl) sólo posee un contenido concreto cuando se observa un caso particular.”

MODALIDADES Y CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

1. MODALIDADES DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

A diferencia de otros Ordenamientos Jurídicos, en materia de guarda y custodia compartida, nuestro CC contiene una cláusula abierta que obliga al Juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que pueda encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de pareja. Si bien del estudio del Derecho comparado se llega a la conclusión de que se están utilizando por los Juzgados y Tribunales una serie de criterios a fin de determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser valoradas por los Tribunales para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no obstante, no van a impedir que se adopte la decisión de la guarda y custodia compartida.

La STS 623/ 2009, 8 de octubre de 2009 ²³⁸(rec.1471/ 2006) señalaba que:” A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (artículos 373-2-11 Code civil, modificado por la Ley 2002- 305, de 4 de marzo) o en la Children Act 1898 inglesa, el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas como los American Law Institute Principles of Family Dissolution se han fundado en la

²³⁸ STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009 (rec.1471/ 2006) (LA LEY 192180/ 2009) en la que solicitaba por el progenitor materno un régimen de guarda y custodia mono parental, con un amplio derecho de visitas para el otro cónyuge. Al dictarse las medidas provisionales se acordó un régimen de guarda y custodia compartida para los tres hijos menores de edad que pasarían a residir en Bruselas dado que por circunstancias profesionales de sus progenitores ambos se habían trasladado a vivir allí y los respectivos domicilios se hallaban próximos lo que contribuía a que pudiese desarrollarse correctamente este régimen. El Juzgado de Primera Instancia acordó la guarda y custodia compartida de los hijos de los litigantes. La AP de Alicante revocó la sentencia anterior y acordó que los hijos menores quedasen bajo la guarda y custodia de la madre. El TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el progenitor paterno, anuló la sentencia de apelación y repuso las actuaciones de Segunda Instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que argumente sobre el interés de las menores en relación a la guarda y custodia compartida solicitada.

dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado. “ Señalando, asimismo, la STS 154/2012, de 9 de marzo de 2012²³⁹ (rec.113/ 2010) que: “Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC, que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder. Además en relación con la guarda y custodia compartida, se establece que el Juez debe valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.”²⁴⁰

En cualquier caso, la razón jurídica principal para adoptar el régimen de guarda y custodia compartida ha de ser el beneficio e interés supremo del menor. A este respecto la SAP de Ourense, Sección 1ª, de 24 de abril de 2012²⁴¹(nº 192/2012) (rec.592/ 2011) señalaba: *“El interés del menor aparece como parámetro fundamental en aquellas decisiones que les afectan, tanto personal como patrimonialmente, y así se desprende de los artículos 161, 172.4, 173 y 304 CC. El criterio determinante para resolver cualquier cuestión en la que se hallen implicados menores debe ser el favor filii, ese interés superior del menor que como recuerdan las SSTC 124/ 2002, 20 de mayo (LA LEY 4754/ 2002) y 221/ 2003, 25 de noviembre (LA LEY 178/ 2003) constituye un principio rector de la actuación de los Poderes Públicos.”* De ahí, que en el régimen

²³⁹ STS 152 /2012, de 9 de marzo de 2012 (rec.113/ 2010) (LA LEY 31826/ 2012) en la que se solicitó por el progenitor paterno con carácter principal la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad, y de forma subsidiaria la ampliación del régimen de visitas. El informe técnico psicosocial desaconsejaba el régimen de guarda y custodia compartida por entender que el nivel de conflicto entre los progenitores era bastante elevado y su nivel de comunicación mínimo, con lo que no se garantizaba la optimización de ese tipo de guarda conjunta, siendo aconsejable atribuir a la madre la guarda y custodia de la menor, y establecer un régimen amplio de visitas a favor del otro progenitor. El Juzgado de Primera Instancia nº1 de San Vicente del Raspeig declaró disuelto por divorcio el matrimonio de los litigantes, y acordó la atribución a la madre de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio. La AP de Alicante desestimó la pretensión de guarda y custodia compartida solicitada en el recurso de apelación interpuesto por el progenitor paterno. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

²⁴⁰ STS 261/2012, de 27 de abril de 2012 (rec.467/ 2011) (LA LEY 56727/ 2012) “ Denegación de la guarda y custodia compartida, entendiendo el Tribunal que la revisión en casación de los casos de guarda y custodia sólo puede realizarse si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor”

²⁴¹ SAP de Ourense, Sección 1ª, 24 de abril de 2012 (nº 192/2012) (rec.592/ 2011) (LA LEY 537772/ 2012) La AP desestimó el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ourense, en autos de oposición a resolución administrativa de desamparo de la menor de edad implicada en el procedimiento.

de guarda y custodia compartida se persiga la preservación de dichas relaciones paterno- filiales mediante el desarrollo de un régimen de cotidianidad con ambos progenitores.

En lo que respecta a nuestro CC llama poderosamente la atención que, de la extensa redacción del artículo 92 CC sobre la regulación del régimen de guarda y custodia compartida no se señale modalidad alguna, habiendo recaído dicho cometido en la labor doctrinal y jurisprudencial que han ido perfilando los modelos a seguir. No obstante, parece obvio que no basta con llegar a la conclusión de que en un determinado caso procede la custodia compartida, sino que será necesario precisar cómo se va a llevar a efecto este sistema, pues no podemos caer en el error de establecer la custodia compartida como declaración de intenciones o principio básico sin entrar a desarrollar cómo va a ejecutarse ésta, por tanto, las modalidades posibles de custodia compartida son ilimitadas, ya que las circunstancias de cada grupo familiar pueden prestarse a todo tipo de combinaciones.²⁴²

Así, se pueden articular diversos sistemas de custodia compartida, que en cualquier caso habrán de verse subordinados a las específicas circunstancias y concretas particularidades del supuesto de hecho contemplado, pudiendo distinguir: *una custodia conjunta simultánea*, en la que ambos progenitores continuarán residiendo en el domicilio familiar junto a los menores, circunstancia que únicamente será viable si la residencia familiar ha sido dividida en dos dependencias distintas, permitiéndose que los menores puedan estar indistintamente en una u otra. *Una custodia compartida a tiempo parcial con alternancia en el domicilio de los menores*, lo que conllevaría que los menores hubieran de cambiar de residencia en función de los periodos de convivencia que hubiesen de permanecer con uno u otro progenitor, debiendo, en todo caso, ser un reparto de convivencia que satisficiera las equitativas necesidades de comunicación parental de ambos progenitores. *Una custodia compartida a tiempo parcial con alternancia en el domicilio de los progenitores*, en este caso los menores permanecerían constantemente en el domicilio familiar, debiendo ser los progenitores

²⁴² PÉREZ MARTÍN A. J. “Guarda o custodia conjunta o compartida.” Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. I Vol., 1ª Edición, febrero 2007. Páginas 261-264.

los que durante los periodos de convivencia fijados al efecto se trasladasen al domicilio familiar para desempeñar sus responsabilidades parentales.

1.1 Guarda y custodia compartida simultánea

Esta modalidad, como ya hemos apuntado, sólo es posible cuando tras la separación o el divorcio de los cónyuges, los menores continúan conviviendo con ambos progenitores, que habrán de permanecer en el mismo domicilio o caso contrario, la vivienda familiar habrá de dividirse en dos.²⁴³

Esta modalidad de custodia resulta de muy difícil implementación en la práctica, dado que en una situación de crisis familiar como consecuencia de las desavenencias adquiridas durante la convivencia, los progenitores, por regla general, preferirán residir en diferentes domicilios. De igual modo, si los progenitores han decidido rehacer su vida sentimental será bastante improbable que esta modalidad de custodia pueda ser aplicable, dado que su viabilidad no dependerá únicamente de la voluntad de los progenitores, sino también de la predisposición que respecto de dicha situación tengan tanto el menor como la tercera persona que se va a relacionar sentimentalmente con uno de los progenitores.

De otro lado, esta modalidad de custodia devendrá de todo punto inadecuada cuando el motivo de la ruptura conyugal tiene su base en una situación de malos tratos, dado que a estos efectos la normativa legal dispone la separación física de los progenitores a fin de evitar cualquier contingencia que pudiese acarrear consecuencias funestas para cualquier miembro de la familia.²⁴⁴

²⁴³ PÉREZ MARTÍN A. J. “*Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores.*” En ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. Y OTROS. “Los hijos menores de edad en situaciones de crisis familiares.” Edit. Dykinson, Madrid, 2002. Página 110.

²⁴⁴ La Ley Orgánica 1/ 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en su artículo 64.1 establece que: “El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo.” (Modificada por LO 8/2015, de 22 de julio de 2015)

1.2 Guarda y custodia compartida a tiempo parcial sin cambio de residencia para los menores

Esta posibilidad implica que los hijos permanezcan en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes durante cierto tiempo se mudan alternadamente a la vivienda familiar para convivir con ellos.²⁴⁵

Con esta modalidad de custodia compartida se evita la supuesta inestabilidad del menor que se presenta cuando éste cambia de domicilio periódicamente. No obstante, en la práctica la implementación de este sistema de custodia conlleva serios problemas. En primer lugar, por motivos económicos, dado que como mínimo habrían de existir tres viviendas: una del menor y las otras dos de los progenitores. A estos efectos, habida cuenta del elevado costo tanto de los bienes inmuebles como de los cánones de las viviendas de alquiler, este hecho dificultará en extremo la aplicación del sistema en cuestión. En segundo lugar, por los diferentes hábitos de vida de cada uno de los progenitores, que pueden ser fuente de inagotables conflictos entre los mismos, como por ejemplo, por los distintos modos de concebir el orden y limpieza de la vivienda que se comparte.²⁴⁶

1.3 Guarda y custodia compartida a tiempo parcial con cambio de residencia para los menores

El régimen de custodia “mal llamada compartida”, en realidad alterna, dado que se ejerce temporalmente y de forma alternativa por cada uno de los progenitores, implica que durante los períodos de tiempo que correspondan a cada uno de los progenitores, éstos convivirán físicamente con los menores que residen con cada uno de ellos. Al existir una alternancia temporal resulta imprescindible determinar los períodos de

²⁴⁵ Juzgado de Primera Instancia de Madrid, Núm. 28, el 19 de julio de 2007, en sentencia (nº 574/2007) (rec.1034/2006) dictaminó la custodia compartida semanal de las hijas con el uso de la vivienda familiar a favor de cada progenitor por períodos alternativos de un año.

²⁴⁶ GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “*Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.*” *Op. Cit.*, Página 167. <<Junto a la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para la adopción del régimen de guarda, el Juez debe valorar la organización familiar post- separación para finalmente fijar la guarda alterna como opción adecuada al interés del menor, debe existir la posibilidad material de organizar la alternancia. Piénsese que, en ocasiones, la fórmula determinada a priori como garante de aquel interés puede resultar de difícil o casi imposible puesta en práctica por las circunstancias personales, materiales y familiares de los padres. >>

tiempo, referidos a épocas lectivas y vacacionales, días laborales y festivos, en que los menores van a permanecer con cada uno de sus progenitores. Los períodos de tiempo establecidos para la convivencia con los menores por parte de cada uno de los progenitores son extremadamente importantes, no sólo por la cantidad de tiempo en sí mismo, sino por la intensidad del vínculo o relación personal que se va a crear entre los menores y sus progenitores, y que se traduce en la impronta que cada progenitor deja sobre sus hijos.

Si bien, en principio cabría pensar en realizar una distribución igualitaria, estableciéndose un reparto del tiempo de convivencia al 50% entre cada uno de los progenitores, lo que implicaría que los menores debieran pernoctar con cada progenitor 183 días al año,²⁴⁷ no obstante, la finalidad del régimen de custodia compartida o alternada no reside en realizar una operación aritmética de división, sino en procurar que el menor mantenga una relación habitual, periódica y estable con ambos progenitores.

En este sentido, la legislación norteamericana ha venido imponiendo un mínimo de 35% de convivencia con cada uno de los progenitores, en base a un estudio llevado a cabo por el Centro Nacional de Estadísticas Sanitarias (National Center for Health Statistics, NCHS) en 1995.²⁴⁸ Sin perjuicio de que existan Estados en los que se contemplen unos porcentajes distintos, tales como Montana (44.0%)²⁴⁹ o Kansas (43.6%)²⁵⁰.

En este sentido, el Estado de Idaho (Idaho Statutes, Title 32, Chapter 7) precisa lo que ha de entenderse por custodia física conjunta, presumiendo así mismo, que la custodia compartida es el régimen que más se adecua al mejor interés del menor, señalando expresamente que: << Por “custodia física conjunta” se entenderá una orden que otorgue a cada uno de los padres periodos significativos de tiempo en los que el niño residirá con cada uno de los padres o partes, y estará bajo su cuidado y supervisión.

²⁴⁷ PÉREZ MARTÍN A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores.” *Op. Cit.*, Página 110.

²⁴⁸ PEARSON J. y THOENNES N. “Custody after divorce: Demographic and attitudinal patterns.” *American Journal of Orthopsychiatry*, v.60 (2), 1990. Páginas 233-249

²⁴⁹ Montana Code Annotated 1995, cuya legislación puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mca/toc/40.htm>

²⁵⁰ Kansas Statute nº 60-1610, cuya legislación puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>

Los padres compartirán la custodia física conjunta de forma que garanticen al niño el contacto frecuente y continuo con ambos padres, lo que no significa necesariamente que el tiempo que pase el niño con cada padre deba tener exactamente la misma duración, ni tampoco significa necesariamente que el niño deba alternar su estancia con cada padre durante periodos sucesivos de tiempo. El tribunal determinará la cantidad real de tiempo de convivencia con cada progenitor.

Excepto en los casos previstos en este artículo, y siempre que no prevalezcan pruebas en contrario, existirá la presunción de que la custodia compartida coincide con el mejor interés del hijo o hijos menores. >>²⁵¹

Esta modalidad de custodia compartida o alternada a tiempo parcial con cambio de residencia para los menores resulta más factible en la práctica, toda vez que una vez producida la separación o el divorcio, generalmente uno de los progenitores cambia de residencia, debiendo a estos efectos, repartirse el tiempo del menor de forma equitativa de conformidad con las características de cada particular situación de crisis familiar, con la finalidad de coadyuvar tanto en la participación corresponsable de los progenitores como en la formación y desarrollo de los menores.

En esta misma línea, son también varias las legislaciones norteamericanas que establecen la presunción iuris tantum de que el régimen de custodia compartida es siempre coincidente con el mejor interés del menor, así el art. 3080 del Código de California ²⁵², Chapter 452 del Estatuto de Missouri ²⁵³; otros Estados, sin embargo, sin llegar a recoger en su articulado dicha presunción, manifiestan su beneplácito por el régimen de custodia compartida y reconocen su estrecha relación con el interés del niño, en concreto el art. 153.002 del Código de Texas²⁵⁴ señala que: *“El mejor interés del niño será siempre la consideración básica del Tribunal al determinar la custodia y responsabilidad de un niño y el acceso a ese niño.”*

²⁵¹ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www3.state.id.us/idstat/TOC/32007KTOC.html>

²⁵² California Family Code, cuya legislación puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://easelaw.lpfndlaw.com/cacodes/fam.html>

²⁵³ Missouri Revised Statutes, Chapter 452 Dissolution of Marriage, Divorce, Alimony and Separate Maintenance, cuya legislación puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

²⁵⁴ Texas Family Code, Chapter 153- Conservatorship, possession and Access, cuya legislación puede ser consultada en el siguiente enlace: <http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>

2. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

Pese a que el mantenimiento del doble vínculo parental es esencial para el desarrollo del menor, hay que ser cautos, pues la mayoría de las causas de ruptura de la convivencia familiar son imputables a infidelidades, desavenencias graves en el núcleo familiar, adicciones, alteraciones psíquicas....por uno de los cónyuges, y en estos casos existe tal hostilidad, y resentimiento entre las partes, que ni tan siquiera son capaces de mantener un diálogo en privado, por lo que será muy difícil el ejercicio de la guarda y custodia compartida, máxime cuando esta requiere un nivel mínimo de comunicación.

El convenio regulador deberá contener una relación detallada de las circunstancias concurrentes y una explicación de los motivos por el que se establece ese concreto reparto temporal y distribución de sus ejercicio, a los efectos de que tanto el Ministerio Fiscal como el Juez puedan conocer detalladamente la concreta situación familiar, y más aún, como va a repercutir en los menores el régimen de guarda y custodia atribuido.²⁵⁵

En principio, para el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida, deberán concurrir unos presupuestos básicos: la cercanía entre los domicilios de los progenitores para que pueda desarrollarse de facto dicho régimen; una economía solvente en el núcleo familiar que permita cubrir las necesidades económicas de dicho sistema de custodia; y como requisito insoslayable, un gran entendimiento y buena relación entre los progenitores. La custodia compartida va a conllevar la asunción compartida de autoridad y responsabilidad por ambos progenitores en todo en cuanto concierna a los hijos comunes, en aras a que los menores puedan sentir que continúan contando afectiva y realmente con ambos progenitores. Así, podemos apuntar una serie de criterios que han de ser valorados, no de forma aislada, como parámetros individualmente considerados, sino en cuanto conjugación de criterios que ineludiblemente han de enmarcarse en el proceso de ruptura conyugal, y en su justa

²⁵⁵ SARA VIA GONZALEZ A. M. “Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/05 (cuestiones sustantivas)” AAVV *La jurisdicción de familia especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida. Estudios de Derecho Judicial*, Número 147, Madrid, 2008. Página 238.

ponderación en el marco de los supuestos enjuiciados, en orden a la conveniencia o no del establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida.

2.1 Interés del menor

Todo niño debe ser considerado como portador de un conjunto de derechos constitucionales en cuanto ser humano, y dichos derechos fundamentales van a constituir el núcleo de cualquier reflexión constitucional sobre el mejor interés del menor.²⁵⁶ Por tanto, el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida debe acordarse en interés del menor, que es el parámetro fundamental a tener en cuenta a la hora de adoptar cualquier decisión sobre el régimen de guarda y custodia, pero ello no ha de implicar necesariamente una alternancia de la residencia de los hijos con sus progenitores en periodos iguales, pero si en un tiempo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la custodia compartida, siendo deseable una relación cívica entre los progenitores que haga posible el consenso y la cooperación necesaria para posibilitar el correcto desarrollo del régimen de guarda y custodia compartida.²⁵⁷

En este sentido, la interpretación del artículo 92 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar. Se debe primar, por tanto, el interés del menor, lo cual va a exigir un compromiso mayor y una mejor colaboración entre los progenitores en aras a que este tipo de situaciones se

²⁵⁶ D'HEUR BERN JEAN “*Kindeswohl staatliches Wächteramt und Reform des Kinder-und Jugendhilferechts.*” RdJB 1992. Página 165

²⁵⁷ BJARNARSON T. / BENDTSEN P. / ARNASSEN A. M./ BORUP I./ LANNOTTI R. J./ LÖFSTEDT P./ HAAPASAPALO I./ NICLASSEN B. “*Life Satisfaction Among Children in Different Family Structures: A Comparative Study of 36 Western Societies.*” *Children & Society*, Vol. 26, nº 1, enero 2012. Páginas 51-62 << El Estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud en colaboración con 36 países (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, E.E.U.U, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.) y denominado “Health Behaviour in School- aged Children (HBSC) 2005-2006” examinaba las diferencias en el bienestar de los niños en distintas estructuras familiares. Se clasificó a los menores (encuestados 184.496 alumnos de 11, 13 y 15 años) en función del tipo de familia en el que convivían, esto es, familias intactas, si los menores residían con ambos progenitores; familias monoparentales, cuando los menores residían con uno sólo de los progenitores materno o paterno; y menores en régimen de custodia compartida física, si residían la mitad del tiempo con el progenitor materno, y la otra mitad con el progenitor paterno. Los resultados del estudio concluyeron que el nivel de satisfacción vital era superior en los menores que convivían en el seno de familias intactas. En cuanto a los demás posibles esquemas familiares, los niños en régimen de custodia compartida física declararon niveles de satisfacción vital significativamente más altos que los menores que vivían en cualquier otro régimen de convivencia.

desarrollen en un marco de normalidad familiar, a fin de evitar que la relación del progenitor no custodio se convierta en una suerte de relación protocolaria entre éste y sus hijos menores.

2.2 Buenas relaciones entre los progenitores y su capacidad para preservar a la otra figura parental:

Las buenas relaciones entre los progenitores ²⁵⁸ se nos revelan como esenciales para poder adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, a este respecto, no podemos dejar de mencionar la STS 370/2013, de 7 de junio de 2013²⁵⁹ (rec.1128/2012) que afirmaba de forma taxativa que: *“Las relaciones de los cónyuges son irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo al interés del menor. En este particular, la incomunicación existente entre ambos es un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad y la coordinación que exige el sistema de guarda y custodia compartida, y que influirá de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores.”*

A estos efectos, resulta interesante un estudio llevado a cabo en San Diego (EEUU) ²⁶⁰ por un grupo de psicólogos pertenecientes al Colegio profesional de Psicología de California. En el susodicho estudio se evaluó a noventa menores con edades

²⁵⁸ TAMBORERO Y DEL RIO R. *“La guarda y custodia compartida.” Op. Cit.*, Página 516. << Para que tenga éxito la implementación de la custodia compartida se precisa algo más que un buen entendimiento entre los progenitores. >>

²⁵⁹ STS 370/2013, de 7 de junio de 2013 (rec.1128/2012) (LA LEY 65217/2013) En este caso se solicita por parte de uno de los progenitores un régimen de guarda y custodia compartida al amparo del artículo 92CC, de modo que los menores pudiesen residir con cada uno de ellos por un período de tres meses, concediéndose durante ese período al progenitor no custodio un amplio régimen de relación con los mismos. La Sentencia del TS negó la pertinencia de la aplicación del régimen de custodia compartida en razón del estado de animadversión de los progenitores que se traslucía de los datos obrantes en el procedimiento (mensajes de correo electrónico) en especial, la existencia de procedimientos penales, que con independencia de su resultado crean un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad, que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el progenitor paterno, confirmándose la atribución a favor de la madre de la guarda y custodia de los hijos menores.

²⁶⁰ GERMAN ISABEL A. *“Adjustment of latency age children in joint and single custody arrangements.”* California School of Professional Psychology. San Diego, 1989. <<Los resultados del estudio revelaron mayores efectos negativos en lo concerniente al bienestar de los niños, en aquellos menores que se encontraban bajo el régimen de custodia única (generalmente bajo la custodia materna). En concreto se señalaba que “Los chicos con custodia única mostraban mayor auto odio y percibían mayor rechazo de sus progenitores paternos que los chicos sometidos al régimen de custodia compartida.”

comprendidas entre los siete y los doce años, que se hallaban divididos en grupos iguales entre los regímenes de: custodia única materna, custodia compartida legal y custodia física conjunta. Los resultados del estudio mostraron que los conflictos entre los progenitores constituían un factor significativo respecto a la evolución psicológica de los menores, y en concreto concluían que se producía un mejor ajuste a la nueva situación respecto de aquellos menores que se hallaban bajo el régimen de custodia compartida frente a los que se encontraban en régimen de custodia exclusiva. Así, se señalaba expresamente que “El grado de conflicto entre los progenitores constituía un factor significativo en cuanto predictor del auto odio del menor, asociándose los mayores conflictos a mayor auto odio del menor, a peor ajuste del menor a la nueva situación convivencial y a mayor percepción de rechazo por parte del menor respecto del progenitor paterno.”

La custodia compartida requiere, por tanto, como presupuesto básico la existencia de unas relaciones cordiales entre los progenitores que posibiliten el correcto desarrollo de este régimen de custodia, requerirá, por tanto, una buena cooperación y comunicación entre los progenitores, a la hora de adoptar todo tipo de acuerdos relacionados con los menores, poniéndose de relieve, una actitud dialogante y cívica por parte de los ex – cónyuges que habrá de convertirse en un modelo educativo de conducta para el menor. Así mismo, sería deseable que ambos progenitores manifiesten su intención de tener consigo a los menores, expresando su voluntad de ejercer la maternidad/ paternidad responsable en sus distintas dimensiones cognitiva, afectiva y social.²⁶¹

En esta línea, la SAP de Barcelona, Sección 18, de 18 de enero de 2008 (nº 46/2008) (rec.305/2007) señalaba que: *“Los menores necesitan de la presencia positiva de las dos figuras parentales y para ello es imprescindible que cada progenitor sea capaz de preservar la figura del contrario, y no sólo de preservarla, sino de mantener un concepto positivo de la misma, en aras a conseguir un desarrollo armónico de la personalidad de los niños.”*

²⁶¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “Comentarios al nuevo Artículo 92 del Código civil....” Op. Cit., Página 150. <<Las trabas y dificultades del custodio a la relación del hijo con su otro progenitor son, junto con otras, el origen del distanciamiento tantas veces denunciado entre el hijo y el progenitor no custodio. Por ello, una actitud de diálogo y colaboración con el progenitor custodio sólo puede traer beneficios a las partes implicadas. >>

Así pues, la viabilidad de la custodia compartida conlleva que se deben deponer los intereses personales de los progenitores en beneficio del menor, existiendo, así mismo, entre los padres una cooperación activa y corresponsable que se traduzca en un derecho igualitario en el cuidado de los menores.

En esta línea, la STS 961/2012, de 10 de enero de 2012²⁶² (rec.1784/ 2009) en la que se desestimó la pretensión del padre relativa al establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, entendiéndose por el Tribunal que: *“El régimen de guarda y custodia compartida no resulta adecuado al presente caso dada la deficiente gestión que los progenitores han hecho con su separación, dicho de otro modo, el enfrentamiento entre los progenitores se constituye en el elemento básico para establecer un mal pronóstico del régimen de guarda y custodia compartida por cuanto la misma requiere un alto nivel de relación y respeto entre las partes, extremos que no se dan en el presente caso.”*

Se pretende, por tanto, fomentar las relaciones paterno- filiales en condiciones de paridad²⁶³, en aras a generar las adecuadas condiciones de vida de los menores.

En esta línea, en EEUU, la política común que inspira, en mayor o menor medida, las legislaciones estadounidenses sobre divorcio se basa en el derecho fundamental del niño a mantener con ambos progenitores un nivel similar de contacto al existente antes de la ruptura del vínculo conyugal. Así mismo, esta tendencia se plasma también en el denominado “principio del progenitor más generoso”, según el cual, en los casos en que se haya de otorgar la custodia de los menores será un factor determinante la capacidad respectiva que cada uno de los progenitores muestre para favorecer el contacto significativo y continuo del niño con el otro progenitor.²⁶⁴

²⁶² STS 961/2012, de 10 de enero de 2012 (rec.1784/ 2009) (LA LEY 7717/ 2012) En la que se solicitaba en la demanda la guarda y custodia exclusiva para el progenitor materno, y de forma subsidiaria la guarda y custodia compartida, entendiéndose por el Tribunal que el régimen de custodia compartida no resultaba adecuado al presente caso dada la deficiente gestión que los progenitores habían hecho con su separación, o dicho de otro modo, el enfrentamiento entre los progenitores se constituye en el elemento básico para establecer un mal pronóstico al régimen de custodia compartida por cuanto la misma requiere un alto nivel de relación y respeto entre las partes, extremos que no se dan en el presente caso.

²⁶³ TAMAYO HAYA, S: *“La custodia compartida como alternativa legal”* Revista crítica de Derecho Inmobiliario- Número 700, Marzo – Abril 2007. Página 669 << El grado de corresponsabilidad parental se ha ido incrementando en los últimos años en condiciones de paridad de cara a la atención y cuidado de los hijos>>

²⁶⁴ www.oocities.org/es/apinpach/estados unidos.htm

En este sentido, el Estado de Florida (EEUU) señala expresamente en su artículo 61.13-1 e) 3)- A los efectos de compartición de responsabilidad parental y atribución de la residencia primaria, el mejor interés del niño comprenderá una evaluación de todos los factores que afectan al bienestar y los intereses del niño, en particular los siguientes:

- a) La mayor probabilidad de que uno de los padres permita al niño mantener un contacto frecuente y continuo con el progenitor no residente.
- b) b) La capacidad y disposición de los padres a proporcionar al niño alimentos, vestido, asistencia médica y otros cuidados terapéuticos reconocidos y permitidos por las leyes de este Estado como sustitutivos de la asistencia médica, y atender sus restantes necesidades materiales.
- c) j) La buena disposición y capacidad de cada uno de los padres para facilitar y fomentar una estrecha y constante relación familiar entre el niño y el otro progenitor.
- d) k) Los indicios de que cualquiera de las partes ha facilitado al tribunal, a sabiendas, información falsa en relación con un procedimiento sobre violencia doméstica de conformidad con el artículo 741.30. >>²⁶⁵

No obstante, debemos plantearnos si un cierto nivel de discordia entre los progenitores debe considerarse como un obstáculo insalvable para la aplicación del régimen de custodia compartida. En esta línea, resultan de extrema utilidad los puntos de encuentro articulados por la Administración al objeto de hacer viable no sólo el régimen de custodia compartida sino también el de custodia monoparental, coadyuvando a sobrellevar la situación de crisis familiar.²⁶⁶

²⁶⁵ Texto original puede ser consultado en el siguiente enlace: <http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App=mode=Display&URL=Ch0061/titl0061.htm>

²⁶⁶ Los servicios de intervención post ruptura tienen por finalidad mejorar las relaciones del grupo familiar para facilitar las relaciones de los menores con ambos progenitores. El sustento legal de este tipo de intervenciones podemos hallarla en el artículo 158.4 CC, precepto que faculta a la autoridad judicial a adoptar aquellas disposiciones que considere oportunas a fin de apartar a un menor de un peligro o evitarle perjuicios. En este sentido, cabe la posibilidad de imponer a las partes la asistencia a este tipo de servicios bajo apercibimiento de multa coercitiva a que se refiere el artículo 776.2 LEC.

2.3 Informes Psicosociales

El inciso noveno del artículo 92 CC señala textualmente que: *“El Juez antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores. “*

Así pues, cuando de las pruebas practicadas se concluye que ambos progenitores son igualmente válidos para satisfacer las necesidades afectivas y materiales de los menores, es recomendable acudir a la valoración de los informes del equipo psicosocial, a fin de que el Tribunal pueda decidir, en base a un criterio pericial especializado, y tomando en consideración el principio del favor filii, si resulta conveniente el mantenimiento del régimen de custodia actual o la modificación del mismo. En este sentido, la reciente Jurisprudencia del TS (STS 29 ABRIL 2013, STS 7 JUNIO 2013, STS 29 NOVIEMBRE 2013, STS 17 DICIEMBRE 2013) ha venido a señalar como primera opción a considerar el establecimiento del régimen de custodia compartida, siempre y cuando sea la más beneficiosa para el menor, dándose preponderancia al principio del favor filii por encima de cualquier otra consideración, sin perjuicio de que resulta deseable la existencia de un dictamen psicosocial a favor del progenitor custodio, en el que se analizará pormenorizadamente la situación de cada uno de los progenitores en un intento por determinar cuál es el régimen de custodia más beneficioso para el menor. Y ello porque en la mayoría de los casos los Administradores de Justicia y representantes del Ministerio Fiscal carecen de una formación especializada al respecto, debiendo delegar en dichos especialistas la adopción de decisiones en este campo pericial.

Frente a ello se han alzado voces críticas respecto a la participación de los especialistas en un proceso de separación o divorcio, por ser personas no vinculadas al espectro jurídico.²⁶⁷

²⁶⁷ Entre otros VÁZQUEZ IZUBIETA C. *“Matrimonio y Divorcio.” Op. Cit.*, Página 171. <<Los especialistas elaboran informes heréticos y destructivos acerca de temas que conocen superficialmente, promoviendo una visión liberal de la vida familiar y social. Proclamando a su vez la libertad sin control del menor carente de una formación axiológica, pensando equivocadamente que la forma adecuada de

La terminología empleada en la redacción del artículo 92.9 CC señala que se podrán recabar informes de “especialistas debidamente cualificados”, siendo más adecuado que la norma hubiera contemplado expresamente que debieran ser los equipos psicoasistenciales adscritos a la Administración de Justicia quienes tuvieran la exclusividad en el examen del menor, para así evitar que existan exámenes particulares que contendrán informes parcializados articulados de acuerdo a intereses de cada uno de los progenitores, lo que viene a restar objetividad al proceso.²⁶⁸

Así mismo, el artículo 777.5 LEC utiliza el término “equipo técnico judicial”, situación que también difiere de la redacción del CC, siendo, por tanto, aconsejable una modificación de la terminología que unifique los términos empleados tanto en el Código sustantivo como en el Código adjetivo.

No obstante, y si bien el informe psicosocial siendo relevante no es de ineludible cumplimiento, pudiendo desprenderse del mismo o no la posibilidad de afrontar un régimen de custodia compartida por ambos progenitores desde un marco de diálogo entre ambos. El principal problema que puede plantearse a este respecto es la posibilidad de que las resoluciones judiciales que se dicten determinando un determinado régimen de guarda y custodia, se realicen desde posiciones prefijadas ideológicamente que se definan como incontestables, siendo las más de las veces posiciones que se hallan ajenas a los cambios sociales. En este sentido, el interés del menor va a obligar al Juez a tener que remitirse a ámbitos extrajurídicos, por tratarse de una materia que se halla imbuida de un cierto componente multidisciplinar.

Respecto al informe psicosocial, la STS 961/2012, de 10 de enero de 2012²⁶⁹ (rec.1784/2009) señalaba que: *“La atribución de la guarda y custodia compartida ha de*

ejercer la patria potestad se resuelve consultando un manual científico siendo que depende de la posición e ideología existencial que cada especialista tiene. A nuestro criterio, resulta evidente que los psicólogos y psiquiatras además de ser profesionales de estas ramas son personas, y como tal tienen un concepto existencial y una posición ideológica, lo mismo que ocurre con el Juez o con el Fiscal, antes de ser administrador de justicia o representante del Ministerio Público son personas con un concepto y enfoque individual sobre la vida que puede ser conservador, moderado o liberal. No obstante, hasta el momento no se ha encontrado un método que compagine la aplicación de la norma y la percepción personal que se tenga sobre una determinada contingencia por resolver, que no sea la estricta sujeción a la Ley. >>

²⁶⁸ LORCA NAVARRETE A. M. y DENTICI VELASCO N. M. *“La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar...”* Op. Cit., Páginas 62-64.

²⁶⁹ STS 961/2012, de 10 de enero de 2012 (rec.1784/ 2009) (LA LEY 7717/ 2012) En la que se solicitaba en la demanda la guarda y custodia exclusiva para el progenitor materno, y de forma subsidiaria la guarda

realizarse partiendo de las consideraciones contenidas en el informe psicosocial practicado. Así la decisión para la atribución de la guarda y custodia compartida debe partir del análisis de la situación de cada uno de los progenitores, los hechos básicos para decantar la guarda y custodia son tanto la capacidad y aptitudes de cada progenitor para asumir el cuidado diario del menor, como la posibilidad efectiva de prestar esa atención, lo cual se evidencia a través del análisis de la situación laboral de cada uno. La confluencia de cada uno de los extremos aludidos, en cada progenitor, será lo que se tenga en cuenta para establecer a qué progenitor se le atribuye la guarda y custodia.”

Así pues, en una situación de crisis familiar, el apoyo de peritos judiciales pueden contribuir a brindar una pauta certera sobre el régimen de custodia aconsejable en un proceso de separación o divorcio, esto es, determinar la mejor opción de modalidad de custodia, sin perjuicio de que ésta haya de ser objeto de un seguimiento periódico en aras a su cumplimiento, controlando, así mismo, el desarrollo del menor con relación al entorno familiar en que dicho menor se halla inmerso, puesto que de lo contrario se podrá revisar la resolución judicial modificándose el régimen adoptado.

A estos efectos, la STS 465/2015, de 9 de septiembre de 2015 (rec.545/2014) disponía que: *<<Las conclusiones del informe psicosocial deben ser valorados y cuestionados jurídicamente, como ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, sin perjuicio de que se reconozca la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos. >>*

y custodia compartida, entendiéndose por el Tribunal que el régimen de custodia compartida no resultaba adecuado al presente caso dada la deficiente gestión que los progenitores habían hecho con su separación, o dicho de otro modo, el enfrentamiento entre los progenitores se constituye en el elemento básico para establecer un mal pronóstico al régimen de custodia compartida por cuanto la misma requiere un alto nivel de relación y respeto entre las partes, extremos que no se dan en el presente caso. Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Pozuelo de Alarcón, y la AP de Madrid, Sección 24ª) estimaron la demanda de divorcio y acordaron en cuanto a la guarda y custodia, que la menor permaneciese con la madre. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el progenitor paterno contra la sentencia dictada por la AP de Madrid.

2.4 Vinculación afectiva de los menores

Respecto a la vinculación afectiva de los menores, la distribución de roles dentro de las familias sigue marcada por el género, siendo la mujer quien habitualmente dedica más horas al cuidado de los hijos, y ello nos plantea la cuestión de si después de la ruptura se establece un modelo distinto de convivencia que implique una reestructuración de ese modelo tradicional, si ello puede generar inestabilidad en los menores.²⁷⁰ En este sentido se apunta que el mantenimiento del mismo modelo de convivencia tras la ruptura conyugal aporta como principales ventajas: que refleja de forma fiable las preferencias más probables y mejor probadas de cada progenitor, que reproduce el reparto de roles anterior al divorcio y procura estabilidad en la vida de los hijos pues visualiza las relaciones posteriores al divorcio como continuación de la familia intacta y reduce la intromisión del Estado en asuntos de familia pues devuelve a los propios padres la decisión respecto al reparto de papeles, con base en la suposición de que la organización que funcionaba antes de la separación o el divorcio respondía a las preferencias genuinas de ambos progenitores.

En esta línea, la SAP de Girona, Sección 2ª, de 6 de abril de 2010 (nº114/2010)(rec.2/2010) basaba la atribución de la custodia exclusiva a la madre en el criterio de que la organización familiar anterior a la ruptura de la convivencia de los cónyuges se regía por un modelo tradicional de distribución de roles parentales, siendo conveniente a los intereses de los menores implicados la continuación de dicho modelo en base a que “ los menores sufran en lo menos posible las consecuencias de la separación de sus padres y el mantenimiento de una regularidad y continuidad en su quehacer diario.”

También la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 30 de junio de 2010 (nº565/2010) (rec.207/2010) priorizó el sistema de guarda exclusiva instaurado por acuerdo de ambos cónyuges en sede de Medidas provisionales, pese a señalarse la buena vinculación afectiva entre la menor y ambas figuras parentales.

²⁷⁰ GARRIGA GORIGA M. “*El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta*” Revista Indret. Barcelona, julio 2008. Páginas 3-13

Frente a ello, se ha señalado como inconvenientes de atribuir la custodia a uno u otro progenitor en la medida de su dedicación pasada a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura, que con ello procedemos a aplicar los mismos criterios a situaciones familiares, que tras la ruptura de la convivencia han devenido muy diferentes, impidiendo, así mismo, que pueda replantearse la organización familiar de modo diverso. Además este criterio parece tener en cuenta únicamente el elemento cuantitativo, no el cualitativo en orden a la calidad de la atención, afecto y cuidados que han sido prodigados a los menores por ambos progenitores.²⁷¹

2.5 Edad de los hijos:

Respecto a la edad de los hijos, actualmente se considera que la creación de vínculos afectivos entre el progenitor y su hijo se fundamenta en la manera en que se construye la relación cotidiana: juegos, palabras, contacto físico...el bebé no tiene capacidad física para acordarse del progenitor del que se ha separado unos días atrás, por el contrario, tiene una memoria sensitiva que le hace percibir que sus referencias habituales han cambiado. Con un hijo muy pequeño, según Gerard Poussin²⁷² los padres deberían optar por un sistema según el cual el bebé viva más tiempo con uno de los progenitores, con separaciones más bien cortas, dado que el ritmo de la custodia compartida debe adaptarse a la edad del hijo y a sus necesidades. Por ello, una gran parte de la opinión doctrinal²⁷³ entiende que la custodia compartida resulta inapropiada en los casos de niños menores de tres años de edad, siendo más beneficioso para el menor empezar con un sistema de visitas frecuentes e ir poco a poco incrementando el tiempo hasta igualarlo a los seis o siete años de edad.²⁷⁴

²⁷¹ GARRIGA GORINA M. “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta.” Revista In Dret. Barcelona, julio 2008. Páginas 3-13

²⁷² POUSSIN GERAD A: “Custodia compartida”. Madrid, Espasa Calpe 2004. Página 76.

²⁷³ ROSALES LEAL M. Á. Conferencia impartida el día 13 de abril de 2005 en el III Ciclo de Conferencias sobre temas actuales de familia, organizado por la Agrupación Granadina de Madres y Padres Separados Canaletas- Alhambra, 2005. Disponible en el siguiente enlace, <http://www.centroespero.com/2.uncategorised/19-cv-miguel-angel-rosales.html>.

²⁷⁴ GARCÍA RUBIO Mª. P. y OTERO CRESPO M. “Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de los hijos en la Ley 15/ 2005.” Op. Cit., Página 79. <<Por lo que a la edad de los hijos se refiere, la Jurisprudencia establece que los más pequeños continúan quedando bajo la custodia materna, criterio imperativo en el supuesto de los menores lactantes. A pesar de que se entiende vital el contacto materno en los primeros años de vida, es también habitual la fijación de un amplio marco de visitas,

Frente a ello, el criterio seguido por otras legislaciones dista mucho de esta concepción doctrinal, en este sentido, el Estatuto del Estado de Kansas (Kansas Statute, Chapter 60) en su artículo 16.3 señala expresamente que: << En ningún caso se considerará que uno de los padres tiene derechos adquiridos respecto de la custodia o residencia de un hijo en perjuicio de otro padre, con independencia de la edad del niño, y no existirá presunción de que la adjudicación de la custodia o la residencia a la madre coincide con el mejor interés del niño menor de un año (infant) o del niño de corta edad (young child) >>²⁷⁵

En esta línea, un sector doctrinal, entre ellos TORRES PEREA ²⁷⁶ sostiene que quizás el tradicional escollo que encontramos al estudiar el ejercicio de la custodia compartida sea la creencia de que el bebé debe ser cuidado exclusivamente por la madre. Frente a ello se ha argumentado que,²⁷⁷ no es conveniente esperar demasiado para empezar a construir la relación padre e hijo, a fin de que el bebé desarrolle desde temprana edad sus principales vínculos afectivos, tanto con el progenitor materno como con el paterno.

Así mismo, se ha sostenido que, ²⁷⁸ la atribución de la guarda y custodia conforme al criterio de la edad de los hijos y sexo del progenitor resulta incoherente en la sociedad actual en la que tanto hombres como mujeres se reparten entre sus obligaciones laborales y familiares. Resaltándose, así mismo, la importancia que la presencia de

estancias y comunicaciones encaminadas al mantenimiento de los vínculos paternos, salvo que medien circunstancias objetivas que lo desaconsejen. >>

ROMERO COLOMA A. M. “La guarda y custodia compartida: Análisis y problemática jurídica.” En *Diario La Ley*, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, núm. 7504, Sección Doctrina, Edit. La Ley, 2010. Página 12. <<La madre es la persona preferente para ejercer la custodia de los hijos, sobre todo cuando éstos son aún de corta edad. En este sentido, el sistema de custodia compartida es poco adecuado para los hijos recién nacidos y es especialmente inadecuado para los menores de cinco años. >>

En esta línea, la SAP de Murcia, Sección 5ª, de 13 de febrero de 2007 (rec.) (LA LEY 2007) atribuyó a la madre la custodia exclusiva de su hija de dos años de edad, esgrimiendo ser esta la medida más favorable para la menor, fundamentando su decisión en una larga experiencia sobre la conveniencia de que en esas edades es más beneficioso el contacto directo y continuo con la madre por considerar que a edad tan temprana resulta más conveniente para el desarrollo de la personalidad del niño el afecto continuo de la madre.

²⁷⁵ Texto original puede consultarse en el siguiente enlace: <http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>

²⁷⁶ TORRES PEREA J. M. “Interés del menor y Derecho de familia.” *Op. Cit.*, Página 258.

²⁷⁷ POUSSIN G. y LAMY A. “Custodia compartida. Cómo aprovechar sus ventajas y evitar tropiezos.” Edit. Espasa Calpe, Madrid, 2005. Página 61-68.

²⁷⁸ PAÑOS PÉREZ A. “Acerca de la posible discriminación a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos.” En PÉREZ VALLEJO A. M. “Igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Diagnóstico y Prospectiva.” Edit. Atelier, Barcelona, 2009. Página 153.

ambos progenitores tiene en la educación de sus hijos, y en el derecho de ambos a desarrollar y mantener una relación independiente y adecuada con los menores.²⁷⁹

En todo caso, la edad del menor se nos presenta como un factor determinante a tener en cuenta a la hora de determinar si es viable o no la aplicación del régimen de custodia compartida. Así también, la edad del menor es determinante para fijar el reparto del tiempo ²⁸⁰entre los progenitores, pues en función de la edad han de valorarse, así mismo, las actividades que realiza el menor, incluyendo la asistencia a clase, el tiempo que permanece en casa, la participación en actividades deportivas, musicales, el aprendizaje de idiomas....todo ello, a fin de poder realizar una asignación equitativa a favor de ambos progenitores.

La influencia de la edad del menor, por tanto, gravita en lo que concierne al entorno del menor. Así, en un principio, cuando el menor, por su corta edad, no puede valerse por sí mismo, su círculo íntimo se va a circunscribir a las personas que están con él. Posteriormente se producirá un cambio progresivo, al iniciar la formación escolar, la realización de actividades.....el entorno del menor se extenderá significativamente. Se produce así un avance y cambio progresivo de acuerdo a la edad. ²⁸¹ Así pues, a medida que los niños crecen, cambian sus necesidades emocionales y afectivas, así como el contenido de la relación que mantienen con cada progenitor.

Con todo ello sería deseable que se realizase una clasificación general uniforme, previo estudio psicológico y valoración espacial del ámbito de aplicación de la misma, que habría de servir de guía y orientación a las autoridades judiciales, a fin de determinar el sistema de distribución de tiempo más aconsejable a cada ciclo evolutivo, y determinar la frecuencia y asiduidad con que los progenitores deben mantener contacto con los menores, sustentada dicha clasificación por contrastados estudios psicológicos acerca

²⁷⁹ SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1ª, de 12 de marzo de 2007 (nº 90/2007) señalaba que: “ La atribución de la custodia que se establece tras la ruptura matrimonial es una medida que debe ser adoptada en beneficio de los hijos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 92 CC, criterio idéntico al consignado en el art. 159 CC, redactado conforme a la Ley 117 1990, de 15 de octubre, de reforma del CC en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, criterio legal aplicable aunque no se trate de medidas adoptadas en procedimientos matrimoniales.....”

²⁸⁰ PÉREZ MARTÍN A. J. “*Reparto del tiempo de convivencia de los hijos...*” *Op. Cit.*, Página 100.

²⁸¹ SALAZAR BORT S. “*La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido.*” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Páginas 55-56.

de las edades de los niños, así como por la factibilidad de las modalidades de custodia que podrán ser aplicadas en una concreta situación de crisis familiar.

2.6 Organización familiar previa y posterior a la ruptura conyugal

Respecto a la dinámica familiar anterior a la ruptura es crucial determinar la participación, implicación o presencia en la vida del menor de cada uno de los progenitores a la hora de determinar el régimen de guarda y custodia que haya de resultar más beneficioso para los menores implicados en el proceso de separación o divorcio. En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 4 de julio de 2007 ²⁸² (nº 338/2007) (rec.58/2007) ponía de manifiesto que para resolver lo que el interés de los hijos menores requiere, deben tenerse en cuenta otras circunstancias, la relación de los menores con sus progenitores antes de la ruptura de pareja. En esta SAP de Barcelona se procedió a la atribución de la guarda y custodia a la madre, sin que procediese la custodia compartida, al faltar el presupuesto procesal de un informe favorable del Ministerio Fiscal, en vistas a la dinámica familiar previa y la situación de conflicto entre los progenitores.

Así mismo, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 21 de febrero de 2008 (nº133/2008) (rec.518/2007) en un supuesto en el que había un acuerdo inicial de custodia compartida por semanas, se denegó la custodia compartida en Primera Instancia, confirmándose en alegación la referida denegación atendiendo al criterio de la continuidad, entendiendo el Tribunal que: *<<Dicho criterio de la continuidad no se ha evidenciado perjudicial en aras a evitar un nuevo cambio del régimen de guarda, y ello pese a apreciar la existencia de vinculación afectiva de los menores con ambas figuras parentales. >>*

A este respecto, no es factible el establecimiento de ningún régimen de custodia si se demuestra que uno o ambos progenitores se hayan sumidos en un ambiente negativo

²⁸² SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 4 de julio de 2007 (rec.58/ 2007) (LA LEY 127444/ 2007) La AP estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, atribuyéndose la guarda y custodia de los hijos comunes a la madre, y fijándose un régimen de visitas amplio a favor del progenitor paterno, así como señalándose el importe de la pensión de alimentos atendiendo a los ingresos de ambos cónyuges y a las necesidades de los hijos comunes.

(de drogadicción, alcoholismo, mendicidad, delincuencia, prostitución....) que incidirá negativamente en la formación integral del menor. De otro lado, en aquellos supuestos en que el menor se hallase afectado de una enfermedad que requiriese atención especializada, no sería en principio beneficioso para el menor la implementación del régimen de custodia compartida en detrimento de la aplicación de la guarda monoparental, y ello, amparándonos en la presunción de que, en estos casos, será el progenitor que se halle constantemente junto al menor quien le brindará mejor protección y cuidado, sin que esto sea óbice para limitar la participación y relación del otro progenitor para con el menor.

Respecto a la organización familiar posterior a la separación, se ha postulado la conveniencia de preservar la continuidad de las rutinas y hábitos de relación familiar. Pudiendo observarse una tendencia en los Tribunales a acordar el régimen de guarda y custodia compartida en procesos contenciosos cuando ese es el sistema que se ha desarrollado de forma consensuada, de forma expresa o tácitamente consentida, argumentándose que esa gestión de la ruptura con respecto a los hijos ha favorecido a estos últimos. En este sentido, la STS 963/ 2010, de 11 de marzo²⁸³ (rec.54/ 2008) señalaba que: *“Conviene mantener la guarda y custodia compartida establecida en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, pues a raíz de los informes existentes, ésta es la medida que se recomienda, que es la que ha venido rigiendo en la práctica a raíz de la separación. No siendo criterios a tener en cuenta para establecer una guarda unilateral por uno de los progenitores lo que denomina la sentencia recurrida como << deslocalización de los niños >>, cuando ésta viene a ser una de las consecuencias de este tipo de guarda. A este particular, el informe psicosocial y el Ministerio Fiscal informaban favorablemente la guarda y custodia compartida, concluyendo que aún separados los progenitores, ambos continúan con las atenciones debidas a los hijos, y privarles de la atención de ambos sería perjudicial para los*

²⁸³ STS 963/ 2010, de 11 de marzo (rec.54/ 2008) (LA LEY 5294/ 2010) El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Oviedo declaró haber lugar a la disolución del matrimonio por divorcio con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento. La AP de Oviedo, Sección 4ª, estimó parcialmente el recurso de apelación y atribuyó la guarda y custodia de los menores al padre, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre y fijándose la cuantía a abonar en concepto de pensión alimenticia. El TS estimó el recurso de casación y confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia que atribuyó el ejercicio de la guarda y custodia de los menores de forma compartida a ambos progenitores por trimestres escolares.

menores, además ambos padres muestran idéntico interés en intervenir de forma activa en el cuidado de los menores.” En este sentido, un factor positivo que podría contribuir al otorgamiento de la custodia compartida puede ser que, antes de la solicitud, de facto se esté ejercitando este sistema de convivencia.²⁸⁴

También la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 19 de julio de 2007 (nº392/2007) (rec.799/2006) estimó conveniente continuar con el sistema de custodia compartida que tras la ruptura de la pareja se había establecido, dado que otorgar la custodia exclusiva a la madre, como ésta solicitaba, implicaba alterar, en perjuicio del menor, la situación a la que éste se había acomodado sin problemas. En este supuesto, el Tribunal estimó, por tanto, que la situación de guarda establecida tras el divorcio debía ser mantenida por considerarse que no sería beneficioso para el hijo menor de edad alterar el entorno al que ya se había adaptado y en el que se desarrollaba su vida con normalidad.

En esta línea, debemos destacar la SAP de Girona, Sección 2ª, de 6 de abril de 2010 (nº 114/2010) (rec.2/2010) que basó la atribución de la custodia a la madre en el criterio del cuidador primario, esto es, la atribución de la custodia se realizaría a favor de uno u otro progenitor en la medida de su dedicación histórica a las tareas de cuidado de los hijos antes de la ruptura. Respecto de este criterio del cuidador primario (también denominado “approximation standar”, acogido por el American Law Institute en los Principles of Law of Family Dissolution,²⁸⁵) un sector doctrinal²⁸⁶ ha apuntado como ventajas de atender a dicho criterio, que se reproducen de forma similar el reparto de roles existentes con anterioridad a la crisis matrimonial, lo que va a conllevar una mayor estabilidad emocional en los menores que perciben las relaciones posteriores a la ruptura como una continuación de la situación existente con anterioridad a la separación o divorcio, reduciéndose, de otro lado, la intromisión del Estado bajo la presuposición de que la organización que funcionaba antes de la crisis familiar respondía a las preferencias genuinas de los progenitores. Frente a ello,

²⁸⁴ PÈREZ MARTÍN A. J. “Guarda o custodia conjunta o compartida.” *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos. I Vol. 1ª Edición, febrero, 2007.* Página 269.

²⁸⁵ En este enlace pueden ser consultados en versión original: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?>

²⁸⁶ GARRIGA GORINA M. “El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta.” *Revista Indret, Barcelona, julio de 2008.* Páginas 3-13.

se ha señalado como principal inconveniente a este criterio del cuidador primario, que con el mantenimiento de la situación precedente a la ruptura se va a impedir que se pueda reorganizar la situación familiar por parte de uno de los progenitores, con la consecuencia de hallarnos aplicando criterios idénticos a situaciones diversas.

Así pues, debemos plantearnos a este respecto, si deberíamos atender a este criterio de forma prioritaria como el más beneficioso al interés de los menores. La tendencia por parte de los Tribunales de Justicia a acordar medidas que impliquen la menor alteración en la vida de los menores, si bien se basa en la convicción de protección de los menores habidos en el seno de la familia, también viene a impedir una nueva reestructuración familiar distinta de la ya existente hasta el momento de la ruptura, dificultándose por ende, otras formas de convivencia que tal vez pudiesen resultar más beneficiosas para los menores habida cuenta de que la situación familiar de los mismos ha sufrido un drástico cambio. En este sentido cabe plantearse si debe darse prioridad a la continuidad familiar en que se hallen los menores, sea bajo un régimen de custodia monoparental o bajo un régimen de custodia compartida, pese a concurrir factores que aconsejen como adecuado otro sistema de guarda y custodia.

A nuestro juicio, la opción adecuada ha de pasar por la realización de un análisis integral y casuístico de acuerdo con las características de la estructura familiar que soporta la ruptura de los progenitores, precautelando en todo caso el interés superior del menor.

2.7 No separación de los hermanos

En cuanto a la no separación de los hermanos, frente a la anterior redacción del artículo 92 CC, antes de su Reforma por la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, en la que se imponía la obligación de resolver los problemas que pudieran presentarse a causa de circunstancias propias o sobrevenidas con motivo de la crisis matrimonial, manteniendo a los hermanos juntos, a fin de preservar el espíritu fraterno. Con la nueva redacción del precepto, la no separación de los hermanos, salvo causa

extraordinaria, se nos antoja bastante desvanecida en el texto actual, una solución que no parece primar el interés de los menores sino el de sus progenitores.

En este sentido, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 27 de julio de 2009 (nº479/2009) (rec.956/2008) determina como adecuada la medida adoptada de custodia compartida por el Juzgado de Primera Instancia, pero el traslado de domicilio de la madre a una población cuya distancia impide la viabilidad de la custodia compartida, determina que se atribuya la custodia del hijo mayor al padre, valorándose el arraigo social del menor en este caso, en tanto que se atribuye la custodia de la hija menor a la madre alegándose una mayor vinculación efectiva entre ambas, en concreto se alude a “ una mayor necesidad de presencia, compañía y cuidado por parte de la madre respecto de la menor”. En este supuesto se produce la separación de los hermanos en base a un criterio de mayor vinculación afectiva de uno de los progenitores para con su hija menor.

Se ha sostenido por un sector doctrinal que, en interés de los hijos se podría proceder a realizar un reparto de los hermanos, aunque denominándose a dicho régimen como “custodia distributiva o partida”. ²⁸⁷

A nuestro juicio, la cohesión familiar deviene un factor importante para garantizar la estabilidad de los menores y favorecer su normal desarrollo. Con lo que, en principio, cualquier medida que vaya a comportar la separación de los hermanos supondría un perjuicio para el menor. No obstante, no podemos obviar que existen supuestos en los que puede resultar conveniente dicha separación, sin que ello implique la total interrupción de la relación fraternal, dado que es posible arbitrar mecanismos que garanticen la existencia de una relación frecuente entre los hermanos, tanto en el domicilio paterno como materno.

En esta línea, la mencionada SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 27 de julio de 2009 (nº 479/2009) atribuyó la custodia de la hija mayor al progenitor paterno, en tanto que la hija menor permaneció con la madre. En dicho supuesto, el cambio de domicilio materno fue lo que motivo la separación de los hermanos. Así mismo, las diferentes edades de las menores y sus distintos intereses que se traslucían en necesidades

²⁸⁷ PÉREZ SALAZAR- RESANO M. “*Patria potestad.*” *Op. Cit.*, Página 184.

afectivas y emocionales diversas motivaron que la hija mayor, para quien resultaba prioritario mantener su entorno social, quisiese permanecer con el padre, en tanto que la hija menor, habida cuenta de la mayor vinculación afectiva existente con la madre, permaneciese con esta última.

De otro lado, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 30 de junio de 2010 (nº 491/2010) (rec.160/2010) acordó la separación de los hermanos, atribuyendo la custodia del hijo al progenitor paterno, en tanto que la hija quedo bajo la custodia de la madre, y ello en base a las necesidades vitales del hijo varón que tras la separación tenía conductas inadecuadas de hiperactividad, rechazo a la madre y agresividad que hacían necesaria su salida del entorno materno.

También la SAP de Castellón, Sección 2ª, de 22 de marzo de 2010 (nº 13/2010) (rec.131/2009) atribuyó la custodia de la hija menor a la madre, atendiendo a la diferencia de edad entre aquella y su hermana mayor, cuya custodia se otorgó a su progenitor paterno, atendiendo a la voluntad expresada por la menor y al hecho de que la diferencia de edad atenúa la necesidad de compartir hechos y situaciones.

En esta línea podemos sistematizar una serie de criterios que están siendo utilizados por los tribunales de justicia para acordar medidas sobre la guarda de los menores que impliquen una separación de los hermanos, entendiendo, en todo caso, que la separación de los hermanos ha de tener causas justificadas, entre ellas: La notoria diferencia de edad; el deterioro de la relación progenitor- hijo con rechazo palpable a dicho progenitor por parte del menor; enfrentamientos serios entre hermanos; voluntad manifestada de los hermanos auténtica y exenta de manipulaciones; y situaciones consolidadas en el tiempo que refrenden dichas medidas.

2.8 Audiencia de los menores

El artículo 92 CC disponía con anterioridad a la reforma de la Ley 15/2005, de 8 de julio en su párrafo segundo que: “*las medidas judiciales sobre cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años.*”. Se garantizaba al menor que pudiese ejercitar

este derecho por sí mismo cuando tuviese suficiente juicio. Sin embargo, cuando ello no fuera posible o no conviniese a su interés, podría ser oído a través de sus representantes legales, siempre que éstos no fuesen parte en el proceso o no tuviesen intereses contrapuestos, así mismo, podría ser oído a través de otras personas que por su profesión o relación de confianza con el menor pudiesen transmitir su opinión lo más objetivamente posible. Así mismo, también el artículo 154 CC tras su modificación por la Ley 26/2015, de 28 de julio, dispone en el inciso segundo del núm.

2: *“Si los hijos tuviesen suficiente madurez deberán ser oídos antes de adoptar decisiones que les afecten.”*

Tras la reforma operada por la Ley 15/ 2005, el inciso segundo del artículo 92 CC reconoce expresamente el derecho que tiene el menor de ser oído, estableciendo que: *“El juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación del hijo menor, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oído.”* No obstante, ni esta regulación, ni tampoco el inciso sexto del susodicho artículo mencionan el interés del menor como condición para tomar la determinación de oír al menor.²⁸⁸

En este sentido el TS ²⁸⁹ ha venido sosteniendo que nos hallamos ante una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales que conozcan de los litigios sobre nulidad, separación y divorcio. La infracción de tal mandato legal acarrea la nulidad de las actuaciones, no tanto por la aplicación del artículo 283.3 LOPJ, sino por la de los artículos 6.3 CC y 39.3 CE, respecto a la protección de los derechos de los menores, a quienes la falta de la preceptiva

²⁸⁸ También los Ordenamientos Jurídicos de otros Estados de la UE reflejan en su articulado este principio de audiencia de los menores. Así el Derecho Inglés prevé que los menores puedan iniciar por sí mismos procedimientos para que el Juez solicite alguna de las medidas previstas en la Sección 8 de la Children Act de 1989- las referidas a la guarda y custodia, el régimen de comunicaciones, y a las decisiones concretas sobre su vida- Precisándose de la intervención de representantes, y para ello el Tribunal podrá nombrar un Oficial Solicitor (Defensor judicial) No obstante, esta circunstancia no es la más frecuente, y en la práctica la manera habitual de posibilitar que el menor o adolescente manifieste sus opiniones, deseos.....para que éstos sean tenidos en cuenta es mediante informes de bienestar preparados por técnicos adscritos al Tribunal.

En el Derecho francés, sin embargo, sólo se establece la posibilidad de que el menor mayor de trece años sea escuchado por el Juez, y en la práctica, esto sólo ocurre cuando lo solicita alguna de las partes. Si bien el Juez podrá solicitar informes técnicos a expertos que vengán a reflejar los intereses de los menores.

²⁸⁹ STS 302/1987, de 14 de mayo de 1987 (Ponente: A. Sánchez Jauregui) “El párrafo segundo del artículo 92 CC establece una norma de carácter imperativo y de obligado cumplimiento para los órganos jurisdiccionales.”

audiencia pueda originarles indefensión. En vistas a lo cual si dicha actuación no se ha cumplido corresponderá decretar la nulidad de la sentencia de Instancia reponiendo las actuaciones a fin de que el Juzgado oiga a los hijos menores.

Así pues, el artículo 92 CC debe ponerse en relación con la satisfacción del derecho de los menores a ser oídos sancionado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, dicho artículo 12 establece que los Estados miembros han de asegurar al niño con capacidad de formar un juicio propio el derecho a manifestar su opinión en todos los asuntos que le afecten. Las opiniones del niño serán tenidas en cuenta en función de su edad y madurez. Así pues, el niño habrá de ser oído en cualquier procedimiento judicial o administrativo que le afecte, bien directamente, bien por medio de un representante o de una institución adecuada de acuerdo con las normas procedimentales aplicables.

En esta línea, el artículo 9.2 de la LO 1/ 1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del menor ha sido modificado por la LO 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, redactándose como sigue: <<Artículo 9. *Derecho a ser oído y escuchado.*

1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias.

En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias

informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento.

2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación.

No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente.

3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración. >>

También, el inciso sexto del artículo 92 CC señala que: “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal y oír a los menores que tengan suficiente juicio, cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, para determinar su idoneidad con el régimen de guarda.”

Se ha sostenido, con relación a dicho inciso sexto del artículo 92 CC que, su redacción trasgrede la LOPJM de 1996, dado que conculca el derecho que tienen los menores a ser oído en el proceso en el caso de que tengan más de doce años, al haberse condicionado por el legislador en la reforma de 2005 la celebración de la audiencia a los casos estrictamente necesarios o a petición de los sujetos procesales que actúan como partes en el proceso judicial.²⁹⁰ Y más aún, cuando la nueva redacción del artículo 9 de la LO 1/1996, sanciona expresamente el carácter “preferente” de las comparecencias o audiencias del menor.

En este sentido, se ha afirmado que el artículo 92 CC supone también un importante paso atrás en comparación con el derecho anterior, pues antes había que oír necesariamente al mayor de doce años y al menor de esa edad si tenía suficiente juicio. (Antiguo artículo 92 CC)²⁹¹

Ello, no obstante, no significará que el criterio del menor por el hecho de tener doce años haya de ser cumplido, tan sólo que habrá de ser valorado previo análisis de los acontecimientos que propiciaron la ruptura familiar. Así, la autoridad judicial deberá adecuarse a las circunstancias, sin que por ello esta limitación se convierta en pretexto para restringir la participación del menor en la audiencia.

En este marco la STC 152/2005, de 6 de junio de 2005²⁹² sostenía que la falta de audiencia del menor en un proceso judicial, en situaciones donde legalmente sea exigible, vulnera la tutela judicial efectiva de dicho menor.

Esta diligencia podrá ser acordada de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o miembros del Equipo técnico judicial o del propio menor. Esta forma de regular la audiencia dio lugar a la reforma del artículo 777.5 LEC ²⁹³para adaptar a la

²⁹⁰ MARTÍNEZ GALLEGU E. M^a. “*Las recientes reformas del Derecho de Familia.*” En FIGUERUELO BURRIEZA A. e IBÁÑEZ MARTÍNEZ M^a. L. (Eds.) “El reto de la efectiva igualdad de oportunidades.” Edit. Comares, Granada, 2006. Páginas 264-265.

²⁹¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Coord.) “*Comentarios al Código civil.*” Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 2ª Edición. Página 215.

²⁹² STC 152/2005, de 6 de junio de 2005 (recurso de amparo 1966-2004) Vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión: Resolución sobre guarda de menores sin oírlos personalmente (STSC 221/2002)

²⁹³ Artículo 777. 5 LEC establece que: “Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, partes o

misma su contenido y así evitar discordancias legales. En esta línea, la audiencia debe practicarse, cuando resulte necesaria, en un lugar idóneo donde el niño pueda expresarse con libertad y confianza.²⁹⁴ Así pues, dicha audiencia no deberá practicarse en el acto de la vista, ni en el acto de la comparecencia, así como tampoco en presencia de los implicados en el procedimiento ni de los profesionales que los representan y asisten, únicamente habrán de estar presentes el Ministerio Fiscal Y el Juez.²⁹⁵

En este sentido, la Ley 15/ 2005, introdujo un nuevo párrafo, el tercero, a la regla cuarta del artículo 770 LEC estableciéndose que: *“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.”*²⁹⁶

miembros del Equipo Técnico judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiese abierto, en el plazo de cinco días.”

²⁹⁴ LÓPEZ ORDIALES J.J. *“Custodia compartida. Cuestiones procesales”* En La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de Resoluciones y Custodia compartida. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008. Página 265. << No será necesario levantar acta de la audiencia del niño, más aún cuando no existe obligación legal de ponerlo en conocimiento de los litigantes, pues esta diligencia no se corresponde con ningún medio de prueba de los detallados en el artículo 299 LEC, por lo que no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 358 LEC para el reconocimiento judicial. Por tanto, en autos sólo ha de quedar constancia de su práctica. Cabe destacar que la comunicación o notificación a terceros de lo manifestado por el menor podría ocasionar a éste alguna incomodidad o perjuicio futuro, si bien en ocasiones puede resultarle beneficioso. En este último caso, no estaría de más dar cuenta de ello a sus progenitores, mejor de forma oral que por escrito, y sin necesidad de someter tal acto a ningún requisito de forma. Es preciso recordar que la exploración del menor, aparte de corresponderse con el derecho de audiencia que tiene el hijo, puede servir para que el Juez, de oficio o instancia del Ministerio Fiscal, pueda acordar alguna prueba complementaria de las ya practicadas. >>

LORCA NAVARRETE A. M. y DENTICI VELASCO N. M. *“La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley de Divorcio” de 2005.....”* Op. Cit., Página 62. <<La audiencia de los menores sólo habrá de realizarse cuando sea necesaria, por cuanto, la audiencia misma produce efectos negativos en el menor. >>

²⁹⁵ VARELA GARCÍA R. *“Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor...”* Op. Cit., Página 78-79. <<No existen reglas para la forma de la prueba relativa a oír al hijo menor de edad. Es apropiado el rompimiento de cualquier molde solemne para su práctica: nada de pliegos de preguntas, fuera las fórmulas arcaizantes, evitación de togas, olvido de vocablos forenses. Se impone una circunstancia de confianza, por lo que se eliminarán los rigorismos formales. Para facilitar la comunicación, es idóneo que el juez y el explorado se encuentren en idéntico plano, sobra la separación impuesta por la mesa del despacho. Lo ideal sería la presencia dual, el juzgador y el entrevistado. Los padres nunca deben observar el desarrollo de la diligencia, tampoco los abogados y los procuradores de los tribunales. Conviene la máxima discreción en la misma mediación del secretario judicial. >>

²⁹⁶ PÉREZ SALAZAR- RESANO M. *“Patria potestad.”* Op. Cit., Página 206. <<Como pautas básicas a tener en cuenta al momento de llevar a cabo la exploración del menor podemos citar: establecer un buen contacto inicial con el menor, sondear lo que espera éste a la hora de acudir al Juzgado, mantener el secreto de ciertos contenidos de la exploración, especialmente si el menor lo ha solicitado, obtener una

De otro lado, respecto al “suficiente juicio” a que hace referencia el artículo 92 CC en su inciso sexto, y a “la suficiente madurez” mencionada en el artículo 154 CC, debiera establecerse un parámetro que determinase dicha aptitud. Siendo necesario, en el plano jurídico, delimitar una edad determinada para efectuar dicha declaración, previniéndose de este modo la posición discrecional que pudiese asumir la autoridad judicial al respecto. En esta línea, tanto la LO 8/ 2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, establecen nuevamente la edad marco de 12 años como parámetro para determinar el suficiente juicio del menor, sin perjuicio de que si las condiciones de madurez del menor así lo permiten, y habida cuenta de que el nuevo artículo 9 LO 15/1996 sanciona expresamente que los menores tienen derecho a ser oídos sin discriminación alguna por edad, los menores de doce años también podrán acogerse a este derecho de audiencia.

Así mismo, consideramos que, en asuntos ordinarios sobre temas que no entrañen controversia, la participación del menor podrá ser suficiente de forma indirecta mediante informes de especialistas de conformidad al inciso noveno del artículo 92 CC, pero en temas extraordinarios de suma importancia o controvertidos será recomendable la intervención directa del menor ante la autoridad judicial con apoyo de un grupo psicoasistencial.²⁹⁷ A estos efectos, la participación de especialistas, esto es, de un equipo con formación especializada resultará tremendamente útil para dilucidar las controversias que se planteen en el proceso, habida cuenta de que los conocimientos del Juez, de ordinario, estarán limitados en dicho ámbito.

Recientemente la ley 15/2015, de 2 de julio de 2015, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE Nº 158, 2 de julio de 2015) en su Título III Capítulo II dispone expresamente en su artículo 85: *“1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere*

información general de su pensamiento, informarle sobre la neutralidad de la actuación del juez y evitar preguntas directas como por ejemplo con cuál de los dos progenitores preferiría vivir. >>

²⁹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R. (Coord.) *“Comentarios al Código civil.” Op. Cit.*, Página 215. <<El menor interviene en los procesos para ser objeto de prueba pericial. >>

suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados.”

Respecto a los deseos y opinión de los menores, debemos mencionar la STS 551/2015, de 9 de octubre de 2015 ²⁹⁸(rec.2842/2014) en cuyo Fundamento de Derecho primero sostiene que: *<<Lo que se debe decidir, es si ante un régimen que se está desarrollando correctamente la voluntad o el deseo de los menores es suficiente para justificar la modificación de la guarda y custodia. La decisión de quién debe ejercer la guarda y custodia no depende únicamente de la voluntad del menor, al cual se le debe oír, pero no vincula su deseo a lo que al final se considere más adecuado para él. >>*

En esta línea, y pese a que los deseos manifestados por los menores en cuanto a la medida de la guarda y custodia son considerados como relevantes, hemos de precisar que el derecho a ser oído no es equivalente al derecho a decidir,²⁹⁹ porque de ser así, se estaría delegando en los menores de edad la responsabilidad última de adoptar decisiones relativas a la guarda y custodia en situaciones de crisis familiar, situaciones ya de por sí complejas para las que los menores carecen de la capacidad, la madurez, así como de las condiciones ambientales adecuadas para pronunciarse al respecto, por cuanto que se hallan inmersos en un proceso contencioso en el que los menores pueden y suelen encontrarse inmersos en un conflicto de lealtades.

²⁹⁸ SAP de Huesca, Sección 1ª, de 24 de enero de 2012 (rec.312/ 2011) (LA LEY 4666/ 2012) La AP revoca parcialmente la sentencia de instancia dictada en autos sobre medidas en relación con el hijo menor de edad, en el sentido de dejar sin efecto la atribución al progenitor custodio del uso de la vivienda familiar y el pago por mitad entre los litigantes de las cuotas hipotecarias y demás gastos que gravan la vivienda, de reducir la cuantía de la pensión de alimentos a cargo de la madre y de alterar el régimen de visitas conforme a lo solicitado por la progenitora.) en la que se atribuyó la guarda y custodia del hijo menor de edad al padre, siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores, habiéndose tomado en consideración los deseos del menor de 14 años, que había manifestado claramente su deseo de convivir con su progenitor paterno, por el rechazo frontal que decía sentir hacía el compañero sentimental de la madre. Así aduce la citada Sentencia que:” El legislador en el artículo 6 del Código de Derecho Foral de Aragón da relevancia a la opinión de los menores, que no equivale sin más a la satisfacción de todos sus deseos, sino que habrá de determinarse lo que sea más beneficioso para ellos, siempre que ambos progenitores tengan la capacidad necesaria para tomar decisiones sobre la educación y cuidado de sus hijos.”

²⁹⁹ SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 9 de febrero de 2010 (nº 70/2010) “La menor presentaba un conflicto de lealtades, situación que le estaba produciendo un importante estrés dado que se siente con la responsabilidad de ser el nexo de unión entre los dos núcleos familiares, paterno y materno, cosa que no le corresponde a una niña en este momento.”

En este sentido, la voluntad manifestada por los menores ante el Juez no vincula la decisión judicial que haya de tomarse al respecto, no obstante si puede influir en la concreción de su interés. A estos efectos, el Tribunal deberá valorar todos los elementos de prueba aportados, conjuntamente con la exploración, y cerciorarse de que la voluntad expresada por el menor, manifestada en la exploración, ha sido correctamente formada, y que el menor no se encuentra condicionado o presionado por uno de sus progenitores o por ambos. Habida cuenta, la posición de un menor, normalmente coincidente con la de uno de sus progenitores puede resultar contraria a su propio interés, por optar por alinearse del lado de uno de los progenitores, desterrando al otro de sus afectos, debiendo en tal caso, y siempre que ello sea lo más beneficioso para el desarrollo emocional y afectivo del menor, restaurar la relación paterno filial deteriorada, pese a que ello suponga ir en contra de la voluntad del menor, voluntad que por ser contraria a su propio interés deberá ser desoída por el Juez.

Así pues, y pese a ser conscientes de que los menores poseen sus propios deseos y preferencias, las tensiones afectivas que desencadena la ruptura de la unidad familiar van a repercutir negativamente en los menores que pueden verse presionados física y moralmente. En este sentido debemos plantearnos hasta que punto el trámite de audiencia del menor resulta o no conveniente para el mismo en determinados casos, por cuanto dicha audiencia va a implicar el colocar al menor en la tesitura de decidir en favor de uno u otro progenitor con las consiguientes consecuencias para su equilibrio psíquico. En este punto la edad del menor resulta determinante por cuanto constituye un distinto parámetro para evaluar la mejor manera de dar cabida a los puntos de vista y opiniones de los menores, dado que a cada momento evolutivo les corresponderán unas determinadas capacidades y habilidades, debiendo plantearnos por la idoneidad de las herramientas que nos proporciona el sistema judicial a la hora de salvaguardar el interés superior de los menores en las situaciones de crisis familiar.

En este sentido, se ha afirmado que, en las situaciones de separación o divorcio se utiliza al menor como un instrumento para conseguir objetivos personales y que su participación en el proceso tiene consecuencias negativas en el plano psicológico.³⁰⁰

A nuestro juicio, desde el plano estrictamente jurídico, todos los actores de un proceso contencioso familiar han de participar activamente en su desarrollo, en aras a determinar lo que mejor corresponda. En este sentido, el menor en cuanto sujeto activo de la relación con los progenitores forma parte de esa estructura familiar, y se constituye en directo interesado, puesto que la resolución que se adopte incidirá decisivamente en su formación y desarrollo presente y futuro. A estos efectos, y respecto a las consecuencias psicológicas negativas que pueda tener la participación del menor en un proceso, y pese a ser plenamente conscientes de la importancia de este tema, consideramos que debiera ser objeto de una investigación adecuada en el ámbito jurídico, que por otro lado, excede el objetivo del presente trabajo.

2.9 Ubicación geográfica de los domicilios de los progenitores

Para la viabilidad del régimen de custodia compartida en un determinado proceso de separación o divorcio deben ser considerados el lugar y la distancia que media entre la residencia de los progenitores.

En principio, el criterio geográfico apunta a la necesidad de no desubicar geográficamente al menor de su entorno habitual. En la STS 642/2012, de 26 de octubre de 2012³⁰¹ (rec.1238/ 2011) en la que el demandante solicitaba la guarda y

³⁰⁰ GONZÁLEZ VICENTE M. P. “*Siete años en el Juzgado de Familia.*” En “Diez Años de Abogados de Familia.” Obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Madrid, 2003. Páginas 177-178.

³⁰¹ STS 642/2012, de 26 de octubre de 2012 (rec.1238/ 2011) (LA LEY 158044/ 2012) El Juzgado de Primera Instancia nº3 de Valladolid estimó parcialmente la demanda formulada por el padre y acordó mantener como definitivas las medidas acordadas en el procedimiento de medidas provisionales, en el que se fijó que si la madre residía en Valladolid se le atribuiría la guarda y custodia de la hija, pero si residía en Nueva York se atribuiría la guarda y custodia al padre. La AP de Valladolid revocó en parte la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y determinó que la guarda y custodia de la menor se atribuía a la madre, siendo ésta la que estaba facultada para decidir en todo caso el lugar de residencia de la hija. El TS estima el recurso de casación interpuesto por el padre, casa y anula la sentencia recurrida y repone las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia de apelación, con el fin de que la AP dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

custodia de la menor para el caso de que la madre pasase a residir en el extranjero, aduciendo que dentro de las funciones de la patria potestad(Artículo 156 CC) está la de fijar el domicilio familiar de los hijos (Artículo 70 CC)y alegando la improcedencia de que la menor residiese fuera de España, puesto que ello comportaría un cambio radical en su entorno social y parental que podría generarle problemas de adaptación, afectando por tanto a sus intereses que deben ser preferentemente tutelados. El TS acordó la devolución de los autos a la Audiencia para que dictase nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la menor a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida, y garantizándose tanto los derechos de la menor como los de sus progenitores. .³⁰²

Así pues, si los lugares de residencia de los progenitores se encuentran situados en la misma localidad, población, ciudad o provincia, la aplicación del régimen de custodia compartida resultará más factible.³⁰³

En el supuesto de que las residencias de los progenitores se hallen distantes o una de ellas se encuentre situada en otro país, la implementación de la custodia compartida resultará compleja, dado que el menor deberá añadir a la ruptura matrimonial de sus padres, la necesidad de que de forma periódica habrá de cambiar de costumbres, de cultura e inclusive, en algunos casos de idioma. En este marco, se ha sostenido ³⁰⁴ que si los progenitores habitan en diferentes ciudades, países o en distintos continentes, donde inclusive las estaciones climáticas no coinciden, resulta contraproducente para el menor ser sometido a esos drásticos cambios periódicos de residencia, colegio y entorno social. La única modalidad posible, en estos supuestos, para el establecimiento de la custodia compartida sería su regulación anual,³⁰⁵ caso contrario

³⁰² KELLY J. “*Current research on children’s postdivorce adjustment.*” *Courts Review*, n° 31, 1993. Páginas 29-49. <<Se han constatado mayores niveles de satisfacción en los menores que se hayan bajo el régimen de custodia compartida frente a los que se encuentran sometidos a un régimen de custodia única, expresando los menores el beneficio que les reporta el permanecer con ambos progenitores. Así mismo, parece desprenderse de este estudio que el régimen de custodia compartida no genera confusión en la mayoría de los jóvenes en cuanto al cambio de domicilio, ni incrementa los conflictos de lealtades. >>

³⁰³ GODOY MORENO A. “*La guarda y custodia compartida.*” *Op. Cit.*, Página 340. <<Habrá de recomendarse que los progenitores habiten cerca el uno del otro o como mínimo en la misma población.>>

³⁰⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “*Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.*” *Op. Cit.*, Página 83.

³⁰⁵ PÉREZ SALAZAR-RESANO M. “*Patria Potestad.*” *Op. Cit.*, Página 197.

la modalidad de custodia compartida resultaría, a nuestro juicio, una modalidad de custodia que no satisfaría en ningún caso el interés del menor.

En cualquier caso, a nuestro juicio, habrá que dar prioridad a las necesidades afectivas de los hijos, que requieren la presencia y el acompañamiento de las dos figuras parentales, frente a la inamovilidad del espacio físico donde se desarrolla de la vida de los menores.³⁰⁶

³⁰⁶ Cabe compensar o desvirtuar la disfunción o alteración del marco vital de los menores, que supone la alternancia periódica de viviendas, entornos, desplazamientos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que, proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento que permiten un marco referencial de afinidad para el hijo.

3. INCONVENIENTES Y VENTAJAS DEL RÉGIMEN DE CUSTODIA COMPARTIDA

Las razones esgrimidas para denegar la custodia compartida se centran en el convencimiento de que la pertinencia de la custodia compartida requiere para su establecimiento de unas condiciones de proyecto común, comunicación y flexibilidad entre los cónyuges, ausentes por lo general en los procedimientos de separación o divorcio contenciosos³⁰⁷, por lo que la postura seguida por algunos Juzgados de familia y diversas Audiencias provinciales es contraria a otorgar la custodia compartida fuera de los casos en que ambos cónyuges así lo hayan adoptado en un convenio regulador dentro del marco de un divorcio de mutuo acuerdo³⁰⁸.

Así la SAP de Lleida, Sección 2ª, de 4 de enero de 2013³⁰⁹ (nº 7/2013) (rec.645/ 2012) denegó la custodia compartida razonando que de no existir acuerdo entre los cónyuges, y aunque pueda considerarse como preferente en la nueva regulación (Artículo 233 del Libro II del Código Civil de Cataluña), ello no implica que no pueda acordarse o mantenerse un régimen de custodia mono parental, cuando éste sea el que más conviene al interés del hijo. Entendiendo que es el interés superior de los hijos el criterio preferente a examinar y resolver en la atribución de la guarda y custodia compartida, siendo que su aplicación debe ser extremadamente cuidadosa y subordinada a la protección jurídica de la persona y de los derechos de la personalidad de los menores afectados.

Y la STS 759/2011, de 2 de noviembre de 2011³¹⁰ (rec.1003/ 2010) señalaba que: *“El Ministerio Fiscal informó desfavorablemente por entender que el beneficio de las*

³⁰⁷ STS 642/2012, de 19 de abril de 2012 (rec.1089/ 2010) (LA LEY 56724/ 2012) “La argumentación denegatoria de la custodia compartida se basaba en el mejor beneficio/ interés de la menor y en la falta de petición por parte de los progenitores, requisito del artículo 92 CC, entendiendo que la guarda y custodia compartida es una medida que debe ser adoptada en interés de la menor.”

³⁰⁸ SAP de Barcelona, Sección 18ª, 20 de enero de 2003 (rec.360/ 2002) (LA LEY 14383/ 2003) denegó la custodia compartida razonando que de no existir acuerdo entre los cónyuges, lo más beneficioso para el hijo es la atribución de su guarda a uno solo de los progenitores, con las ventajas de estabilidad y equilibrio que para el niño ello iba a conllevar.

³⁰⁹ SAP de Lleida, Sección 2ª, 4 de enero de 2013 (rec.645/ 2012) (LA LEY 9378/ 2013) estimó la desestimación de la pretensión modificativa de la guarda del menor, al que se le había establecido un régimen de custodia mono parental, por entenderse como más conveniente al interés del hijo, estimando el recurso sólo para no hacer condena en costas.

³¹⁰ STS 759/2011, de 2 de noviembre de 2011 (rec.1003/ 2010) (LA LEY 9378/ 2013) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Bilbao y la AP de Bizkaia, Sección 4ª) decretaron el

menores no aconsejaría que se acordará una guarda y custodia compartida porque no existía acuerdo de los cónyuges, la falta de comunicación de los progenitores que pone en evidencia el informe pericial judicial dificultaría gravemente su puesta en práctica, pudiendo ser origen de conflictos innecesarios.”

Se ha pretendido denotar la guarda y custodia compartida, alegando la doctrina contradictoria de las AP en sus resoluciones sobre casos puntuales de atribución de guarda y custodia compartida en función de la situación concreta de cada menor, pero frente a ello la STS 578/ 2011, 21 de julio de 2011³¹¹ (rec.338/ 2009) argumentaba que:” *Las Audiencias Provinciales han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento, por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria en ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el artículo 92 CC. Así, cada una decide según las circunstancias de los casos planteados, teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho, que es el interés del menor.”*

La custodia compartida se fundamenta, en la conjugación de dos derechos básicos, de una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores, y por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos. La mejor realización del principio del interés superior de los menores exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa a

divorcio de los litigantes, atribuyendo a la madre la guarda y custodia de los hijos. El TS estimó el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el padre, anuló la sentencia recurrida y repuso las actuaciones de Segunda Instancia al momento de la denegación de la prueba, para que la AP examine cuáles de las pruebas propuestas por el padre apelante son necesarias para tomar la decisión sobre la guarda y custodia en interés de la menor, y se dicte una nueva sentencia con arreglo a los hechos que considere probados según la prueba practicada.

³¹¹ STS 578/2011, de 21 de julio de 2011 (rec.338/ 2009) (LA LEY 119737/ 2011) en la que el recurrente aporta como documentación varias Sentencias de AP en las que pretende que se aprecie las discrepancias de criterio sobre la atribución de la guarda y custodia compartida. A favor del régimen de guarda y custodia compartida aporta las siguientes sentencias: SAP de Toledo nº 200/ 2008, Sección 1ª, 16 de mayo; SAP de A Coruña nº 160/ 2008, Sección 5ª, 17 de abril; SAP de Valencia nº 190/ 2008, Sección 10, 9 de abril; SAP de A Coruña nº 351/ 2007, Sección 6ª, 10 de octubre; SAP de Barcelona nº 102/ 2007, Sección 18, 20 de febrero. En contra: SAP de Baleares nº 278/2008, Sección 4ª, 8 de julio; SAP de Madrid nº 482/ 2007, Sección 24, 11 de abril.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Miranda de Ebro estimó en parte la demanda de divorcio, y entre otras medidas estableció la guarda y custodia compartida de los hijos. La AP de Burgos, Sección 2ª, estimó el recurso de apelación de la madre y le atribuyó la guarda y custodia. El TS desestimó el recurso de casación formulado por el progenitor paterno.

pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes para con los menores.

En este sentido, la STS 641/ 2011, 27 de septiembre de 2011 ³¹²(rec.1467/ 2008) señalaba que: *“La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 CE cuyo párrafo tercero, al mismo tiempo, impone a los progenitores la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, con independencia de si están o no casados y de si conviven o no con el menor. El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores.”*

A estos efectos, existen diversos estudios psicológicos³¹³ que concluyen que los niños de familias con custodia compartida se adaptan, posteriormente al divorcio, mejor que

³¹² STS 641/2011, de 27 de septiembre de 2011 (rec.1467/ 2008) (LA LEY 183864/ 2011) En la que se solicitaba en la demanda de divorcio la confirmación de las medidas acordadas en la sentencia de separación, excepto en lo referido a la custodia del hijo menor de edad, solicitándose que dicha custodia se atribuyera en exclusiva al progenitor paterno, por no estar, alegaba el demandante, el progenitor materno en situación de atender adecuadamente al menor debido a su ocupación profesional que se desarrollaba en horario nocturno, y por la que se veía obligada a recurrir a la ayuda de la abuela paterna para que se ocupase del menor, debiendo éste último pernoctar en dichas ocasiones en el domicilio de los abuelos paternos. El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón estimó parcialmente la demanda y entre otros pronunciamientos, estableció una custodia compartida del hijo menor común. La AP de Castellón, Sección 2ª, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de dejar sin efecto las medidas previstas, declarando aplicables en su lugar las dispuestas en la sentencia de separación, entre ellas la atribución de la guarda y custodia a la madre apelante. El TS desestimó el recurso de casación formulado por el progenitor paterno.

³¹³ *Division 16, School Psychology, American Psychological Association, Report to the US Commission on Child and Family Welfare, June 14, 1995.* << En este estudio se realiza una investigación sobre el impacto del régimen de custodia compartida en el bienestar infantil. El informe concluye que “la investigación revisada apoya la conclusión de que la custodia compartida se asocia a futuros más saludables de los menores implicados en un proceso de ruptura conyugal, incluyendo la relación con el progenitor paterno, así como a un mejor interés de los menores por los compromisos. También se aprecia una reducción de los costes judiciales, e inclusive, en algunos casos, una reducción de la litigiosidad entre los progenitores. >>

SANFORD BRAVER *“Determining the Impact of Joint Custody on Divorcing Families.”* Sanford I. Braver and Diana O’Connell. Publisher: J. P. Tarcher. October, 1998. << Los resultados del estudio llevado a cabo por Sanford Braver, Sharlene Wolchick e Iwrin Sandler concluyeron que:” Los resultados muestran considerables beneficios en la custodia compartida, incluso con igualdad de factores predisponentes. Después de este ajuste, los hijos que se hallaban en régimen de custodia compartida se

los niños de familias con custodia individual, y ello en base a que el niño, en todo este proceso de separación conyugal experimenta una serie de sensaciones complejas y pasajeras como el miedo al abandono, el sentimiento de lealtad, de negación o de culpa. En los casos de custodia compartida los informes psicológicos muestran que el niño desarrolla una mentalidad y una actitud distinta ante la ruptura de sus padres al no culpabilizarse por ella y seguir manteniendo la relación con ambos progenitores. Del mismo modo, el padre - normalmente progenitor no custodio- se siente más implicado e integrado en la educación y desarrollo de sus hijos, al permitirle mantener sus lazos de afectividad y una relación constante, facilitando que reconstruyan más rápidamente su vida personal.

En este sentido, un estudio realizado por Bender ³¹⁴ en EEUU, titulado “Joint custody: the option of choice” y publicado en *The Journal of Divorce & Remarriage*, revisaba las investigaciones llevadas a cabo sobre los distintos mitos que acompañaban al régimen de guarda y custodia compartida, a saber, que no resulta adecuada en los supuestos de gran conflictividad entre los progenitores, tampoco en aquellos casos en los que uno de los progenitores se opusiese a la misma.....Frente a ello Bender argumentaba que el régimen de custodia compartida resultaba la opción más adecuada también en aquellos supuestos en los que existiese un alto grado de conflictividad entre los progenitores, dado que dicho régimen ayudaba a reducir el conflicto en el tiempo y constituía el mejor revulsivo a las difíciles relaciones entre los progenitores, al tiempo que favorecía el mejor interés de los menores. Así mismo, argumentaba Bender, el régimen de custodia compartida permitía una mejor cobertura financiera, un menor nivel de litigios judiciales en comparación con los suscitados por la custodia única y unas mejores perspectivas de futuro para los menores, inclusive en las situaciones de gran conflictividad entre los progenitores, dado que forzaba a la toma de acuerdos, y a largo plazo conllevaba un menor nivel de estrés de los menores implicados.

encontraron significativamente mejor ajustados y mostraban menor comportamiento e impulsividad antisocial que los menores que se hallaban en familias con custodia única.”

También puede ser consultado el estudio realizado por SARRIEGO MORILLO, que puede ser localizado en <http://www.padresdivorciaods.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>

³¹⁴ BENDER W. N. “*Joint custody: the option of choice.*” *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol.21, páginas 115-121. EEUU, 1994.

No obstante, el desajuste familiar que supone la ruptura de la convivencia de los progenitores conlleva en la realidad de la vida cotidiana unos desajustes que deben ser solventados con coherencia, y en este sentido, también podemos apuntar como principales problemas observados en los hijos que se encuentran en éste régimen de custodia compartida, la sobrecarga de tener que vivir en dos hogares, la confusión y la ansiedad que les producen la adaptación a los cambios de residencia y a los estilos de vida propios de cada hogar (normas de comida, televisión, hora de acostarse...) Así pues, los detractores de la custodia compartida afirman que la vida del menor con la aplicación de dicha figura jurídica se encuentra dividida, puesto que éste tiene dos casas y debe trasladarse de un domicilio a otro, con los consiguientes inconvenientes que ello conlleva.³¹⁵

Frente a ello se ha alegado por algunos autores³¹⁶ que los niños en la actualidad se encuentran acostumbrados a disfrutar de una pluralidad de domicilios, durante el período escolar y vacacional o de fines de semana, siendo posible, por tanto, que en su mismo entorno existan menores con padres separados sin que estos extremos generen problemas psíquicos en los menores.

Así mismo, los horarios laborales de los progenitores también habrán de ser, en la medida de lo posible, compatibles con el tiempo libre de que disponen los menores, debiendo también valorarse para poder establecer de forma satisfactoria el régimen de guarda y custodia compartida, los períodos no lectivos y los vacacionales, en aras a permitir el adecuado cuidado y atención que los menores van a requerir de sus progenitores.³¹⁷ En realidad, se trata de establecer un reparto de tiempo lo más

³¹⁵ MASON EKMAN M. A. “¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?” En EKMAN P. “Por qué mienten los niños, como los padres pueden fomentar la sinceridad.” Edit. Paidós, Barcelona, 1999. Página 187. <<Incluso con las disposiciones más tradicionales de custodia, en que la residencia es con uno de los padres y se establece un régimen de visitas de un fin de semana alterno, y un par de noches por semana para el otro progenitor, el mundo del niño estará dividido. Se establecen diferentes reglas sobre la comida, basura, el llevar el pijama y todos los detalles que componen el entorno familiar del niño. El niño tiene que volverse extremadamente flexible para no disgustar a ninguno de sus padres. >>

³¹⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.” *Op. Cit.*, Página 63.

³¹⁷ DE LA IGLESIA MONJE M. I. “Custodia compartida de ambos progenitores.” *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, Número 702, julio-agosto 2007. Páginas 1824-1825 <<Como principales inconvenientes del régimen de custodia compartida destacar: 1. La posible inestabilidad de los menores producida por los continuos cambios de domicilio.
2. Los problemas de adaptación a nuevos núcleos familiares.

igualitario posible, valorándose las posibilidades de los diferentes miembros de la familia.

Así pues, revestirá también suma importancia conocer el tipo de actividad y ocupación que desempeñan los progenitores en función del ámbito temporal y espacial, para establecer de forma más adecuada el régimen de custodia. Dado que si el progenitor desempeñase funciones que alterasen el régimen normal de vida del menor, como puede ser el desempeñar actividades laborales en turnos rotatorios incluyendo horario nocturno, la implementación del régimen de custodia compartida se nos antoja inviable o a lo sumo problemática. En esta línea, un sector doctrinal³¹⁸ ha manifestado la conveniencia de que los modelos existenciales de ambos progenitores sean similares para hacer posible el establecimiento de la modalidad de custodia compartida.

En este sentido, la STS 641 / 2011, 27 de septiembre de 2011³¹⁹(rec.1467/ 2008) en la que se solicitaba la atribución en exclusiva de la guarda y custodia del hijo menor de edad al progenitor paterno, por entender que el otro progenitor, esto es, la madre, no

3. Las dificultades para unificar criterios en las o más cotidianas, y que deben ajustarse a la nueva aceptación del concepto familiar, todo ello tras haber superado y desaparecido conceptos de culpa.

En cuanto a los beneficios que conlleva la custodia compartida: 1. Se garantiza a los hijos la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores pese a la ruptura de las relaciones de pareja.

2. Se evitan determinados sentimientos negativos de los menores.

3. Se fomenta una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los padres que permite una mayor aceptación del nuevo contexto.

4. Se evitan situaciones de manipulación consciente o inconsciente por parte de los padres frente a los hijos.

5. Se garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad.

6. No se cuestiona la idoneidad de ninguno de los progenitores.

7. Los padres han de cooperar necesariamente en la toma de acuerdos respecto a la vida de los menores.>>

³¹⁸ GODOY MORENO A. *“La guarda y custodia compartida. Guarda conjunta y guarda alternativa.” Op. Cit.*, Página 340.

³¹⁹ STS 641/2011, de 27 de septiembre de 2011 (rec.1467/ 2008) (LA LEY 183864/ 2011)) En la que se solicitaba en la demanda de divorcio la confirmación de las medidas acordadas en la sentencia de separación, excepto en lo referido a la custodia del hijo menor de edad, solicitándose que dicha custodia se atribuyera en exclusiva al progenitor paterno, por no estar, alegaba el demandante, el progenitor materno en situación de atender adecuadamente al menor debido a su ocupación profesional que se desarrollaba en horario nocturno, y por la que se veía obligada a recurrir a la ayuda de la abuela paterna para que se ocupase del menor, debiendo éste último pernoctar en dichas ocasiones en el domicilio de los abuelos paternos. El Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Castellón estimó parcialmente la demanda y entre otros pronunciamientos, estableció una custodia compartida del hijo menor común. La AP de Castellón, Sección 2ª, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el sentido de dejar sin efecto las medidas previstas, declarando aplicables en su lugar las dispuestas en la sentencia de separación, entre ellas la atribución de la guarda y custodia a la madre apelante. El TS desestimó el recurso de casación formulado por el progenitor paterno.

se hallaba en condiciones de atender adecuadamente al menor, debido a que su trabajo se desarrollaba en horario nocturno, esgrime en su Fundamento de Derecho Primero como razones para conceder la guarda y custodia compartida: “ a) *La aptitud de ambos progenitores para la crianza del hijo; b) Que ha habido guarda compartida de facto; c) Que la madre carece de apoyo familiar, viéndose obligada a contratar a terceras personas para que cuiden del niño cuando ella está trabajando, mientras que el padre cuenta con un núcleo familiar estable que incluye además de a los abuelos paternos, a los hermanos, sobrinos...con los que el menor se encuentra perfectamente integrado; d) La proximidad de las viviendas; e) y el informe favorable del Ministerio Fiscal.*

La guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad de ambos progenitores (artículo 32.1 CE) porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor.”

En el supuesto de que ambos progenitores mantengan una relación laboral, a la hora de decidir acerca de la implementación del régimen de custodia se debe tomar en cuenta el tiempo real (sin incluir el que permanecen en sus respectivos trabajos) de que disponen para determinar la viabilidad del sistema de custodia acordado. En este sentido, el desarrollo profesional de un empleo que suponga una carga horaria de más de ocho horas laborales y con la obligatoriedad de desplazarse fuera del lugar de su residencia con cierta frecuencia, a nuestro juicio impediría el establecimiento de un régimen de custodia compartida, toda vez que al progenitor en cuestión le resultaría extremadamente complejo compatibilizar su horario laboral con el cuidado y atención del menor, que habría de permanecer durante dichos períodos de tiempo solo o al cuidado de personas extrañas. De lo que resultaría que en interés del menor sería aconsejable, en estos supuestos, abstenerse de la aplicación del régimen de custodia compartida. Así pues, si bien es recomendable tomar en cuenta la capacitación profesional de los progenitores, tanto en interés de éstos como primordialmente de los menores implicados, no obstante, no es imprescindible que la formación profesional deba ser similar en ambos para acceder a una u otra modalidad de custodia.

Desde esta óptica, en situaciones de crisis familiares el régimen de custodia compartida puede permitir mantener la relación laboral de ambos padres, si esta era la rutina adquirida durante la relación conyugal.³²⁰ Y en esta dirección, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, (BOE Nº 71, de 23 de marzo de 2007) con el objetivo principal de promover que la igualdad legal sea extensiva en la vida real en todos los ámbitos social, político, familiar y laboral.

No obstante, si únicamente uno de los progenitores mantiene una relación laboral, cabe plantearse la disyuntiva de si es preferible la guarda unilateral o resultaría adecuada la custodia compartida. Desde la óptica del progenitor que no ha desarrollado una actividad laboral, podemos presuponer que éste último preferirá un régimen de custodia monoparental, en función de la satisfacción de sus necesidades de tipo económico. No obstante, el hecho de que uno de los progenitores no cuente con una profesión, tampoco debiera hacerle acreedor de manera automática de la modalidad de custodia que éste último prefiera.³²¹ Así pues, deberían ser consideradas las razones por las que dicho progenitor no ha mantenido o mantiene una relación laboral, esto es, si no ha querido trabajar con el ánimo de obtener un determinado régimen de custodia y beneficios extras, o si por el contrario, no ha podido acceder al mercado laboral por algún tipo de impedimento que ha motivado su alejamiento, o la no reinserción en un determinado puesto de trabajo.

En principio, de manera general, el que uno de los progenitores no mantenga una relación laboral, no debería enfocarse como prerrogativa a favor del otro para beneficiarse con un determinado régimen de custodia unilateral, porque de esta forma se afectaría al principio de igualdad inherente a ambos progenitores. Desigualdad que

³²⁰ MARTÍNEZ DÍAZ M. P. “Cambios familiares en la transición a la paternidad/ maternidad.” En ADROHER BIOSCA S. y NUÑEZ PARTIDO J. P. (Coords.) “Familia y Trabajo.” Edit. Comillas, Madrid, 2003. Página 59. <<Al ir avanzando en una mayor distribución de los roles tradicionales y de la implicación familiar, tanto por los reajustes a nivel familiar como a nivel social, pueden hacer que sea más fácil coordinar el mundo familiar y laboral y que, por tanto, la satisfacción y realización personal en ambos ámbitos sea mayor para los cónyuges y para los hijos. >>

³²¹ MARTÍNEZ GALLEGO E. Mª. Y BENITO DE LOS MOZOS A. I. “Mujer sujeto u objeto del derecho.” *Op. Cit.*, Página 94. <<Tradicionalmente el destino de la mayoría de las mujeres en edad adulta era el matrimonio, dejando en segundo plano su formación y dedicándose de lleno a la familia. Aspecto que, en situaciones de crisis familiares se ha volcado en contra de ambos progenitores, por cuanto la situación de desequilibrio afecta no sólo a la progenitora, sino también al progenitor, especialmente por razones de índole económico. >>

se acrecentaría dado que el otro progenitor vendría obligado a satisfacer una pensión alimenticia, que presumiblemente sería mayor de la que se habría fijado en caso de acordarse un régimen de custodia compartida.

Lo anteriormente expuesto denota que, el factor tiempo va a ser determinante para la planificación de las actividades personales de cada progenitor,³²² debiendo procurar ambos progenitores compatibilizar horarios en aras a satisfacer sus necesidades y los intereses de sus hijos. Y en este sentido, la custodia compartida o alterna puede presentarse como una solución viable, que permite al menor alternar su permanencia con ambos progenitores, prescindiéndose en lo posible de terceras personas o instituciones de apoyo.

Por tanto, en principio, no existe un modelo único de custodia compartida, cada familia debe crear la dinámica que mejor se adecue al hijo y a la disponibilidad de los padres.³²³ En este sentido se ha pronunciado la STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, de 8 de febrero de 2012 (rec.27/ 2011)³²⁴ *“Se establece la preferencia de la custodia compartida, salvo que la custodia individual se revele más conveniente para el interés de los menores.”* En este caso, la Sentencia atribuyó a la madre la guarda y custodia por constar que el padre carecía de la costumbre necesaria para afrontar los cuidados de los hijos, y de la falta de disponibilidad horaria necesaria por razones laborales para procurar tales cuidados.

Como venimos argumentando uno de los presupuestos para que pueda desarrollarse correctamente el régimen de custodia compartida es la existencia de buenas relaciones entre los progenitores, requiriéndose, por tanto, respeto mutuo, armonía y colaboración entre los ex –cónyuges para que puedan resolver las cuestiones relacionadas con sus hijos sin demasiados conflictos, debiendo cada cónyuge percibir al otro como competente e importante para los hijos, dado que si las relaciones entre los padres son hostiles, la custodia compartida no hace sino aumentar los conflictos y

³²² MASON EKMAN M. A. *“¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijo?”* Op. Cit., Página 189. << El fallo potencialmente fatal de la familia de un solo padre es la falta de tiempo. Una madre o un padre que este intentando realizar un trabajo de los dos con poca o ninguna ayuda suele ser un padre / madre exhausto/a que no puede ofrecer la constante supervisión y estructura que el niño necesita en su vida. >>

³²³ POUSSIN GERAD A.” *“Custodia compartida”*. Edit. Espasa Calpe. Madrid, 2004. Página 76.

³²⁴ STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal de 8 de febrero de 2012 (rec.27/2011) (LA LEY 17247/2012)

litigios entre ellos. También habrán de valorarse la coincidencia, armonía o cohesión de los criterios educativos y estilos de vida de los progenitores que vendrán a favorecer el buen funcionamiento de la custodia compartida.³²⁵

En relación con este tema cabe citar la STS 252/ 2011, 7 de abril de 2011³²⁶(rec.1580/ 2008) donde se hace referencia a que el marido fue condenado por una falta de amenazas y coacciones a la esposa, y pese a que este delito no está incluido entre los que conforme al artículo 92.7 CC excluyen la guarda compartida, si constituye un indicio de violencia o situación conflictiva entre ambos progenitores que desaconseja el acordar un régimen de guarda y custodia compartida.

En cualquier caso, la razón jurídica principal para adoptar este régimen de custodia compartida ha de ser el beneficio e interés supremo del menor. A este respecto la SAP de Ourense, Sección 1ª, de 24 de abril de 2012³²⁷ (nº592/2011) (rec.592/ 2011) señala: *“ El interés del menor aparece como parámetro fundamental en aquellas decisiones que les afectan, tanto personal como patrimonialmente, y así se desprende de los artículos 161, 172.4, 173 y 304 CC. El criterio determinante para resolver cualquier cuestión en la que se hallen implicados menores debe ser el favor filii, ese interés superior del menor que como recuerdan las SSTC 124/ 2002, 20 de mayo (LA LEY 4754/*

³²⁵ SAP de Madrid, Sección 22ª, de 14 de noviembre de 2005 (nº 735/2005) (rec.187/2005) establece como recomendable para establecer el régimen de custodia compartida: “Se aconseja que exista entre los progenitores unas condiciones de semejanza en los diversos órdenes de la vida, personales, sociales, culturales..... y un proyecto en común en lo tocante a la educación y formación de los hijos, requiriéndose además entre los progenitores un ambiente de flexibilidad y comunicación fluida.”

³²⁶ STS 252/2011, de 7 de abril de 2011 (rec.1580/ 2008) (LA LEY 127444/ 2011) en el recurso de casación se plantean dos cuestiones, la primera relativa a la vinculación del Juez por los dictámenes emitidos por los informes psicosociales que habían sido favorables a la adopción del régimen de guarda y custodia compartida. Y la segunda cuestión, era si habiendo sido el marido condenado por un delito que no constituía un supuesto de violencia de género, esto podía usarse como argumento para no acordar el régimen de guarda y custodia compartida. Respecto a la primera cuestión, los informes técnicos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.9 CC el Juez puede pedir son de gran importancia a la hora de acordar uno u otro régimen, dado que el Juez habrá de valorarlos en aras de formarse una opinión sobre la conveniencia o no de adoptar el régimen de guarda y custodia compartida. Y respecto a la condena por amenazas al otro cónyuge, el TS entendió que pese a no estar dicho delito incluido en la lista contenida en el párrafo 7 del artículo 92 CC, si constituye un indicio de violencia o de situación conflictiva entre los cónyuges, por lo que no resultaría procedente la guarda conjunta. El Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Palma de Mallorca otorgó la guarda y custodia compartida de los dos hijos a ambos progenitores. La AP de las Illes Balears revocó en este punto la sentencia apelada y atribuyó a la madre la guarda y custodia. El TS desestimó el recurso de casación presentado por el progenitor paterno.

³²⁷ SAP de Ourense, Sección 1ª, 24 de abril de 2012 (rec.592/ 2011) (LA LEY 537772/ 2012) La AP desestimó el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Ourense, en autos de oposición a resolución administrativa de desamparo de la menor de edad implicada en el procedimiento.

2002) y 221/ 2003, 25 de noviembre (LA LEY 178/ 2003) constituye un principio rector de la actuación de los Poderes Públicos.”

Entre las ventajas que el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida puede comportar para con los menores se han mencionado, que se garantiza a los menores la posibilidad de disfrutar de la presencia de ambos progenitores pese a la ruptura de la relación de pareja deviniendo la separación menos traumática para los menores por cuanto es la situación que más se asemeja a la organización familiar existente con anterioridad a la crisis familiar.³²⁸ En este sentido, se ha afirmado ³²⁹que este sistema de guarda contribuye a afianzar los lazos de unión de los hijos con sus padres.³³⁰

Así mismo, con este modelo de custodia se minoran el amplio repertorio de sentimientos negativos que acompañan a la ruptura conyugal (miedo al abandono, conflictos de lealtad, sentimiento de negación y suplantación)³³¹, de otro lado, disminuyen las interferencias parentales en las relaciones con los menores, fomentándose una actitud más abierta de los hijos hacia la separación de los progenitores que permite una mayor aceptación de la nueva situación de ruptura, y evitándose, por ende, situaciones de manipulación consciente e inconsciente por parte del padre o madre custodio frente a los hijos, impidiéndose de este modo que se materialice el Síndrome de alienación parental. Se trataría, por tanto, de instalar al

³²⁸ GARCÍA GARNICA M. C. “Protección de los menores en los procesos de separación y divorcio.” En GARCÍA GARNICA M. C. Y OTROS. “Aspectos actuales de la Protección Jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2008. Primera Edición. Página 52. << El objetivo que se persigue a través de la custodia compartida es que la ruptura de pareja no conlleve la ruptura de la familia. >>

³²⁹ SARAIVA GONZÁLEZ A. M. “Guarda y custodia compartida...” *Op. Cit.*, Página 201-203.

³³⁰ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “El menor en las crisis familiares.” En VV.AA. Jornadas sobre Derechos de los Menores. LÁZARO GONZÁLEZ I. y MAYORAL NARROS I. (Coords.) Madrid, 2003. Página 175. <<El ejercicio de la custodia compartida es una medida que se puede convertir en el medio más justo y seguro para el hijo, ya que permite ser educado de forma regular y cotidiana por sus progenitores. >>

ORTUÑO MUÑOZ P. “El Nuevo Régimen Jurídico.....” *Op. Cit.*, Página 64. <<La custodia compartida es la mejor de las soluciones que pueden establecerse en beneficio de los hijos, puesto que queda asegurada la relación más amplia posible, en cada caso, con el progenitor con el que habitualmente no residen. >>

³³¹ ROMERO COLOMA A. M. “La guarda y custodia compartida como medida familiar favorable a los hijos.” *Op. Cit.*, Página 1. <<La custodia compartida propicia que las relaciones de los progenitores con sus hijos no se deterioren, evitando que los hijos se distancien de uno de sus padres, como sucede cuando se atribuye la custodia exclusiva a uno de ellos. >>

niño en un ambiente de relación con sus padres, que le permitiera estar seguro de que aunque sus progenitores se han separado, ninguno de ellos se ha separado de él.³³²

Dado que los padres han de cooperar necesariamente, el sistema de custodia compartida favorecerá la adopción de acuerdos, lo que a la postre, se convertirá en un modelo educativo de conducta para los menores.

Así mismo, se ha sostenido ³³³ que con este régimen de custodia compartida produce un enriquecimiento en el mundo social, afectivo y familiar del niño, dado que tendrá oportunidad de adaptarse a dos modelos adultos positivos, y de ello pueden derivarse beneficios para el hijo por cuanto adquirirá una visión más amplia y constructiva de su propia personalidad. Consecuentemente, se generaría un marco de acreditación y calificación positiva respecto a la aptitud de cada uno de los progenitores, siendo la idoneidad de cada uno de ellos menos cuestionada.³³⁴

En cuanto a los progenitores, con el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida se les pretende garantizar la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crianza de los hijos, evitándose así mismo el sentimiento de pérdida que experimenta el progenitor cuando la custodia se atribuye en exclusiva al otro cónyuge. Se consigue, así mismo, una mayor concienciación de ambos

³³² SAP de Córdoba, Sección 2ª, de 24 de abril de 2006, (nº 104/2006) (rec.38/2006) reseña como condiciones requeridas para se lleve a cabo con éxito el régimen de custodia compartida: “Muy bajo nivel de conflicto entre los progenitores; buena comunicación y cooperación entre ellos; residencias cercanas o geográficamente compatibles; rasgos de la personalidad y carácter del hijo y los padres compatibles; edad del menor que permita su adaptación al modelo de custodia compartida; cumplimiento por los progenitores de sus obligaciones económicas; respeto mutuo por ambos progenitores; que no exista excesiva judicialización de la separación; existencia de un vínculo afectivo del menor con ambos progenitores; que ambos progenitores estén de acuerdo y acepten el modelo de custodia compartida. En definitiva, características de los progenitores como madurez personal y capacidad para separar el plano de la relación de pareja de sus roles como padres.”

³³³ GARCÍA PASTOR M. “*La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven: Aspectos personales.*” Edit. McGraw-Hill, Madrid, 1997. 1ª Edición. Página 101.

³³⁴ ROMERO NAVARRO F. “*La custodia compartida. Una perspectiva sociológica. Función del mediador.*” En ROMERO NAVARRO F. “La mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación.” Conserjería de Presidencia y Justicia. Viceconserjería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005. Página 95.

DE LA OLIVA VÁZQUEZ A. “*Derechos y Obligaciones del Progenitor no custodio para con los hijos menores: Problemas y Alternativas.*” En GARCÍA GARNICA M. C. “La Protección del menor en las rupturas de pareja.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2009. Primera Edición. Páginas 252-259. <<La ventaja de la guarda y custodia compartida vendría determinada en el sentido de que los progenitores tendrían la convicción de que comparten el ejercicio de la patria potestad, cuestión que no sucede cuando se atribuye la custodia del hijo a uno de los progenitores. >>

progenitores en la necesidad de contribuir a los gastos de los hijos, atenuándose algunas de las difíciles cuestiones que vienen intrínsecamente unidas a la atribución de un régimen de guarda y custodia exclusiva: régimen de visitas, fijación de la pensión alimenticia.... Esto es, se evitan en mayor medida, las disputas, los resentimientos y la conflictividad motivados por el impago de las pensiones alimenticias.

Además, y respecto de los progenitores, el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida se orienta a intentar suprimir dinámicas de dependencia en el modo de relación con los hijos, pues muchas veces el sentimiento de vacío, dolor y soledad que conlleva la separación se tiende a suplir con la compañía del hijo que se convierte en la única razón de vivir, convirtiendo una relación y vinculación paterno filial, que debiera ser positiva y saludable, en otra de tipo enfermizo y patológica.

En esta línea, la STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 31 de julio de 2008 (nº 29/2008) (rec.72/2007) estableció en su Fundamento de Derecho 5º que: *<<No cabe duda de que la llamada “custodia compartida” o conjunta por ambos progenitores presenta indudables ventajas para la evolución y desarrollo del niño en las situaciones de conflicto familiar producido por la ruptura matrimonial, en la medida que evita la aparición de los conflictos de lealtades de los menores para con sus padres; favorece la comunicación de éstos entre sí, aunque no sirva para disminuir las diferencias entre ellos –tampoco puede afirmarse que las acentúe- y, en fin, coadyuva, por un lado, a visualizar la ruptura matrimonial como un conflicto en el que no existen vencedores y vencidos, ni culpables ni inocentes, y por otro lado, coadyuva a concebir el reparto equilibrado de cargas derivadas de la relación paterno-filial como algo consustancial y natural, y no como algo eventual o accidental, favoreciendo la implantación en los hijos de la idea de la igualdad de sexos. >>*

No obstante, no podemos obviar que el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida conlleva también múltiples dificultades tanto en su implantación como en su correcto y adecuado funcionamiento, pudiendo resaltar como aspectos negativos del mismo: la inestabilidad que puede suponer para los menores la residencia en distintos domicilios, según el periodo de tiempo que se hallen conviviendo con cada uno de los progenitores, lo que va a suponer un auténtico

peregrinaje del niño que, a la postre, puede incidir negativamente en su equilibrio emocional. En este sentido, la SAP de Albacete, Sección 1ª, de 1 de diciembre de 2003 (nº 238/2003) (rec.292/2003) esgrimía que: *“El régimen de custodia compartida no puede acogerse pues aunque la medida podría dar satisfacción a los sentimientos de cariño de uno y otro progenitor hacia los hijos, comportaría para los menores un evidente trastorno vivencial por las dificultades de adaptación que el continuo cambio de hogar llevaría consigo, con la consiguiente quiebra del principio del favor filii, que es consustancial a toda la normativa reguladora de la materia.”*

En términos similares la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 20 de febrero de 2007 (nº100/2007) (rec.230/2006) argüía que la custodia compartida implica problemas de adaptación e integración a los nuevos núcleos familiares que se vayan creando.

También se ha esgrimido como desventaja el distinto grado de implicación del padre o de la madre en la evolución educativa y afectiva de los menores, mediante el uso de diversos grados de disciplina o modelos de corrección, o bien por mayor permisividad en los mismos que pueden generar confusión y ansiedad en los menores.³³⁵ Todo lo cual supondrá una desestabilización de la vida de los menores, sin olvidar que esta situación podría suponer con mucha probabilidad un incremento de la crispación entre los progenitores.³³⁶

En este sentido, las frecuentemente tensas relaciones entre los progenitores tras la ruptura de la convivencia pueden desembocar en situaciones complejas que puedan dificultarles la asunción de sus roles paternos, y por ende, entorpecer la necesidad de consensuar decisiones vitales respecto al cuidado y educación de los menores. Así mismo, también repercutirá negativamente en el bienestar de los menores las malas relaciones que en ocasiones puedan originarse entre aquéllos y los nuevos

³³⁵ SAP de Madrid, Sección 24ª, de 25 de octubre de 2006 (nº 242/2006) (rec.577/2006) señalaba que: “El régimen de custodia compartida resultará inadecuado por las dificultades añadidas que tendrán los progenitores para unificar criterios en las cuestiones más cotidianas de la vida de los menores.”

³³⁶ SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 8 de enero de 2007 (nº 9/2007) (rec.41/2006) denegó la custodia compartida solicitada por el progenitor paterno argumentado que: “Por mucho que dicho progenitor esté así mismo capacitado para atender y cuidar correctamente de su hijo, la práctica demuestra que la imposición de una guarda y custodia compartida, suele generar importantes tensiones en la relación de los progenitores...”

compañeros sentimentales de sus progenitores, que contribuirán a enrarecer y obstaculizar la convivencia de los menores.³³⁷

De otro lado, desde el punto de vista económico, se ha sostenido ³³⁸ puede suponer mayores costos para los progenitores que se verán obligados a acondicionar en sus respectivas casas de un lugar apropiado para desarrollar la convivencia con los hijos.

En congruencia con todo lo anterior, podemos afirmar que, todo régimen de custodia tiene sus ventajas y sus inconvenientes, lo que ha de primar, en cualquier caso, es aquel sistema que en el supuesto concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, pues el sistema que concibe el artículo 92 CC³³⁹ se configura como una forma de protección del interés del menor cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda.³⁴⁰

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº 173, 2º de julio de 2013) señala en su Exposición de motivos que: *"Se regula, pues, la guarda y custodia compartida, no como un régimen excepcional, sino como una medida que se puede adoptar por el juez, si lo*

³³⁷ Estudios sobre los distintos regímenes de custodia y sus efectos en el desarrollo y bienestar del niño, recopilado en el Informe Reencuentro III que puede localizarse en la página <http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/informe-reencuentro-iii.pdf> << Se exponen en cuanto a las ventajas del régimen de custodia compartida respecto a los menores: mejor adaptación a su entorno, mayor rendimiento escolar, mayor satisfacción con la distribución de los tiempos de convivencia, mayores niveles de autoestima y de confianza en sí mismo, mejor relación con cada uno de sus padres, menos problemas psíquicos o síntomas de estrés psicossomático, menos interferencias de nuevas parejas de los progenitores, menos probabilidades de maltrato físico. Así mismo se señalan las siguientes ventajas respecto de los progenitores: menos conflictividad y más cooperación, más satisfacción en la relación con los hijos, menos recursos a los castigos físicos, menos recurso a la presión psicológica y a la culpabilización al otro progenitor, y mayor cumplimiento de los pagos económicos.

³³⁸ ROMERO NAVARRO F. *"La custodia compartida. Una perspectiva sociológica. Función del mediador."* Op. Cit., Página 96.

³³⁹ STS 614/2009, de 28 de septiembre de 2009 (rec.200/ 2006) (LA LEY 184085/ 2009) entendía que: "El Juez podrá acordar la guarda y custodia compartida en dos supuestos: 1. Cuando sea pedida por ambos progenitores. 2. Cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de la forma más eficaz.

Y en cualquier caso, se debe recabar el informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable y debe oírse a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia."

³⁴⁰ PINTO ANDRADE C. *"La custodia compartida."* Op. Cit., Página 59-60. <<El sistema de guarda y custodia compartida no es una panacea ni es la solución universal para todos los casos: partiendo de la consideración de que una separación o divorcio siempre va a causar algún daño al hijo, se trata de elegir la solución menos perjudicial. Siendo esto así, resulta evidente que la fórmula de la custodia compartida será la mejor forma de preservar su derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores regularmente, siempre y cuando no se perjudique la estabilidad emocional del menor.>>

considera conveniente, para la protección del interés superior del menor, tanto cuando lo solicitan los progenitores de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro, o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos insta la custodia para ambos o exclusiva para sí.”

También en esta línea, la STS 257/2013, de 29 de abril de 2013³⁴¹ (rec.2525/ 2011) en la que a ninguno de los progenitores interesó que la guarda y custodia fuera compartida, señalaba que: *“El régimen de guarda y custodia compartida resulta la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación con sus progenitores.”*

En este sentido, la adopción del régimen de guarda y custodia compartida permite al menor seguir relacionándose establemente con ambos progenitores. Y en esta línea, Tamayo Haya ³⁴² sostiene que la custodia compartida es una alternativa tan compatible como la custodia unilateral, que debe ser tomada en cuenta en su verdadera magnitud, sin condicionamientos apriorísticos, concebida a partir del criterio de igualdad que tiene que existir entre los progenitores y en beneficio del hijo.

Se ha afirmado que es conveniente que existan diversidad de alternativas de custodia para tener más posibilidades de adoptar una medida idónea con respecto a la custodia de menores en una situación de crisis familiar.³⁴³

³⁴¹ STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 (rec.2525/ 2011) (LA LEY 37196/ 2013) En la que ambos progenitores solicitaron la guarda y custodia exclusiva para sí, alegando a tal efecto el informe del Ministerio Fiscal de “no oposición al régimen de guarda y custodia compartida” en preparación de apelación, arguyendo además que en el informe psicológico se mostraba que ambos progenitores tenían suficiente capacidad y voluntad para ejercer la maternidad/ paternidad responsable. En este caso, las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Elda y la AP de Alicante, Sección 4ª) estimaron parcialmente la demanda de divorcio y entre otras medidas, atribuyeron al padre la guarda y custodia de la hija del matrimonio. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre, y casó la sentencia recurrida en lo que se refería a la denegación de la guarda y custodia de la hija, aunque mantuvo dicho pronunciamiento pero por razones distintas a las señaladas por la SAP.

³⁴² TAMAYO HAYA S. *“Igualdad parental y Principio de corresponsabilidad parental tras la separación o el divorcio.”* En PÉREZ VALLEJO A. M. *“Igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Diagnóstico y Prospectiva”*. Edit. Atelier, Barcelona, 2009. Página 115.

³⁴³ Siguiendo a ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. *“Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.”* Op. Cit., Página 63.

En esta línea, el establecimiento de manera impositiva del régimen de custodia compartida, tan solo generaría conformismo y dejadez en los progenitores, sabedores de antemano que en situaciones de ruptura familiar la custodia permanecerá compartida, argumento suficiente para que éstos puedan llegar a manifestar una conducta negligente e irresponsable. Razón por la cual, la norma sustantiva debe prever una dualidad de alternativas.

Esta dualidad de alternativas permitirá, a nuestro juicio, determinar de forma más satisfactoria la modalidad de custodia de forma casuística, atendiendo a las particularidades de cada relación familiar y precautelando primordialmente el interés de los menores de edad. Desde esta óptica, el régimen de custodia compartida o alterna es una opción que no ha de desvirtuarse de manera sistemática, pero tampoco debe aplicarse, a toda costa, en toda situación de separación o divorcio, puesto que la imposición de la custodia compartida atentará contra el interés superior del menor cuando sea desaconsejable su implementación en vista de los hechos demostrados durante el desarrollo del proceso contencioso. Por tanto el régimen de custodia compartida o alterna se debe implementar como una alternativa óptima y beneficiosa para un determinado caso concreto, como consecuencia del análisis casuístico e integral de una situación de separación o divorcio, que la configura como el modelo de custodia que mejor se adapta a la situación dada.

A nuestro juicio, sería preferible un modelo de custodia compartida o alterna flexible, que pueda adecuarse a las necesidades de cada situación de crisis familiar, y por ende que se implemente en la práctica, sin quedarse en una mera disposición teórica.

CAPITULO IV

EL INTERÉS DEL MENOR

1. LA NOCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR

No obstante, previamente a afrontar el tema del interés del menor como criterio de atribución de la custodia de los hijos, debemos precisar en qué consisten los derechos de los menores. Así, se ha definido el derecho del menor como la disciplina jurídica que comprende el conjunto de Derechos Fundamentales que tiene por objetivo principal la protección integral de todas las personas comprendidas desde que nacen hasta que cumplan dieciocho años, como sujetos titulares de esos derechos con sus correspondientes deberes y obligaciones.³⁴⁴ Así pues, el ámbito de estudio de la protección integral de los menores contiene un aspecto netamente tuitivo, enfocado primordialmente a la satisfacción del interés del menor.³⁴⁵

Esta protección integral de los menores abarcará el conjunto de leyes y procedimientos que tienen por objeto la defensa de los niños y de los adolescentes en un marco de equidad. Y en este sentido, la protección jurídica se constituye en el instrumento que va a moderar y precautelar el interés del menor.³⁴⁶ Desde esta consideración el interés del menor³⁴⁷ es utilizado en una doble vertiente, de un lado, en un aspecto positivo, que busca el beneficio del menor y la satisfacción de sus

³⁴⁴ PACHECO DE KOLLE S. *“Derechos de la Niñez y Adolescencia. Teoría y práctica.”* Edit. Alexander, Cochabamba-Bolivia, 2004.

³⁴⁵ TORRELLES TORREA E. *“La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia.”* En *Actualidad Civil*, núm. 34, del 17-23 de septiembre de 2001. Tomo 4. Edit. La Ley, Madrid, 2001. Página 1222. << El Estado es el encargado de procurar la satisfacción de la formación integral del menor. La formación integral es la actividad que favorece el desarrollo intelectual, afectivo, social o moral del menor y al que deben contribuir los poderes públicos. La educación y la formación integral del menor forma parte del estatuto jurídico del menor, de sus potestades, de las que el menor es el único destinatario.>>

³⁴⁶ MARTÍN HERNÁNDEZ J. *“La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección.”* Edit. Pirámide, Madrid, 2005. Página 94. <<El objetivo de la protección se entiende, dependiendo de la perspectiva que se adopte, como la defensa y protección individual del niño frente a las agresiones externas, o bien, como la capacitación de los adultos para que puedan asumir el cuidado de sus hijos. En cualquiera de los dos casos, las medidas que se utilizan para la consecución de estos objetivos no son necesariamente excluyentes, así tanto las medidas de control como las de apoyo son instrumentos que pueden utilizarse de forma simultánea.>>

³⁴⁷ VON IHERING R. *“Estudios jurídicos, del interés de los contratos, la posesión, la lucha por el derecho.”* Edit. Atalaya, Buenos Aires, 1947. Página 68. << El interés designa, en sentido subjetivo, el sentimiento que se tiene de las condiciones de la vida. Si me intereso por una persona, por un objeto, por una situación, es porque yo siento que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato. >>

necesidades emocionales, materiales y afectivas, y de otro lado, en un aspecto negativo, que se orienta a evitar cualquier perjuicio o daño que pudiera infligirse al menor.

También en otros Ordenamientos Jurídicos aparece tipificado el interés del menor como principio general, en este sentido, en el Derecho Inglés, la presencia del interés del menor aparece en la práctica de la Chancery Court a finales del siglo XVIII y en el XIX prescribiéndose que el interés del menor (*child's welfare*) fuese una consideración suprema (*relevant consideration*) junto con otras, la conducta y deseos de los padres. En 1925 se promulga en Inglaterra *The Guardianship of Infants Act* sancionándose expresamente que: En los casos de guarda y custodia los Tribunales debían velar por el bienestar de los menores como consideración suprema ("*child's welfare* la first and paramount consideration.")³⁴⁸

Posteriormente la *Children Act* de 1989 ³⁴⁹ recogió una serie de principios generales (de asistencia social, responsabilidad paterna, responsabilidad judicial, protección del niño por las instituciones, adopción....) para todas las situaciones en las que se hubiese de adoptar una decisión respecto de un menor de edad. Así, se sanciona expresamente junto al "*welfare principle*" que podemos equiparar al principio del interés superior del niño, el "*no delay principle*" en virtud del cual se entiende que cualquier retraso en la toma de decisiones en un procedimiento judicial irá en perjuicio del interés del niño, así como el "*no order principle*", que viene a sancionar una regla de "intervención mínima", según la cual los Tribunales no tomarán ninguna medida a menos que pueda demostrarse que la adopción de la misma beneficiará más al menor que la ausencia de pronunciamiento. En la práctica esto viene a traducirse en que los Tribunales sólo

³⁴⁸ RIVERO HERNÁNDEZ F. "*El interés del menor.*" Op. Cit. Página 27.

³⁴⁹ La *Children Act* 2000 reformó la Sección 24 de la *Children Act* de 1989, estableciendo medidas sobre el cuidado de los niños por parte de las autoridades locales.

Care Standards Act 2000, para la aplicación y desarrollo de los derechos del niño y/ o menor. Con esta Ley se crearon instituciones de gran importancia tales como << *National Care Standards Commission* >> << *General Social Care Council* >> << *Care Council of Wales* >> << *Children's Commissioner for Wales* >>

Children's Commissioner for Wales Act 2001.

adoptarán decisiones en aquellas cuestiones sobre las que los progenitores no hubiesen llegado ya a un acuerdo.³⁵⁰

Así mismo, el Derecho Francés establece en el artículo 375.1 de su Code Civil (modificado por la Ley nº 2002- 305, de 4 de marzo de 2002 relativa a la Patria Potestad y la Ley nº 2004-1, de 2 de enero 2004) *“El Juge des enfants será competente con posibilidad de recurso para todo lo que afecte a la asistencia educativa, Deberá siempre esforzarse por obtener la adhesión de la familia a la medida proyectada y por pronunciarse teniendo en cuenta estrictamente el interés del niño”*.³⁵¹

Por su parte, en el BGB establece en el párrafo 1697 a, respecto del principio del bienestar del menor: *“En la medida en que no se determina otra cosa, en procesos sobre asuntos regulados en este Título el juzgado adopta la decisión pertinente que, tomando en consideración a los hechos y de las posibilidades, así como de los intereses de los interesados, mejor se adecue a los fundados intereses propios del bien del niño.”*³⁵² La exigencia de buscar lo que más se adecue al bien del niño implica que se le da prioridad a dicho interés sobre cualquier otro concurrente.

De igual modo, el Código Civil Holandés (BW) de 1994 en su Libro 1º. “Derecho de las personas y de la familia”, Título 1.13” Infancia (minoría de edad)”, Sección 1.13.3” El Consejo de Protección de la Infancia” Artículo 01:238. Deberes y atribuciones de la Junta de Protección al Niño, establece en su punto tercero:” *En nombre del desempeño de sus funciones, el Consejo ha de mantenerse informado de los avances en el campo de la protección de los niños, tiene que promover la cooperación con las instituciones para la protección de los niños y jóvenes, y asesorar, a petición o de oficio, a las autoridades e instituciones.*”³⁵³

³⁵⁰ HAMILTON CAROLYN “Implementing children’s rights under the un convention on the rights of the child.” *En Democracy, the Rule of law and Islam. Kluwer Law International. London, 1999.* Páginas 343-356.

³⁵¹ COUTUNIER- BOURDINIÈRE LUCILE “La protection du sportif mineur.” *En Recueil le Dalloz, n° 20, supl. 2001.* Páginas 43-60.

³⁵² ZITELMANN MAUD “Kindeswohl und Kindeswille im Spannungsfeld von Pädagogik und Recht.” Munich, 2001. Páginas 127-128 << Una definición exacta del interés del menor ni es razonable ni es posible, todo intento legislativo o doctrinal de acotar en una definición este principio generaría grandes riesgos tanto de imprecisión como de omisión de supuestos. >>

³⁵³ CHRISTOFFERSEN M. N. “Growing up with Dad: A comparison of children aged 3-5 years old living with their mothers or their fathers.” *Childhood, 1988, Vol. 5, n° 1.* Páginas 41-54.

El interés del menor encierra una acepción vaga e imprecisa, fundamentalmente porque su contenido variará en función del sujeto que realice la interpretación del mismo, concibiéndose diversas posturas sobre su conceptualización.³⁵⁴ Y conllevando, dicho interés del menor, un componente social que cobra notable influencia al momento de determinar su concreción desde el ámbito jurídico. Esta diversidad de posturas no contribuye a aunar criterios, y en este sentido, se ha afirmado que el término “interés del menor” se constituye en un nuevo paradigma, que se podría sintetizar como lo más bueno y sano para el niño tanto en su vida privada como en el trato con quienes le rodean.³⁵⁵ Sosteniéndose que el término comprende desde la protección de los derechos del menor hasta el desarrollo autónomo de sus personalidad.³⁵⁶

Si bien, estas acepciones genéricas del término generalizan el contenido de la definición pero no vienen a especificar las funciones que contempla el interés del menor. Desde este punto de vista se ha generalizado la conceptualización del interés del menor como un concepto jurídico indeterminado.³⁵⁷ Esta fórmula del concepto jurídico indeterminado ofrece un aspecto positivo, y es que ofrece un campo de acción flexible para valorar de acuerdo con las circunstancias la concreción del interés del menor, si bien, en contrapartida, la determinación de esa concreción se realiza desde un criterio personal, esto es, desde la perspectiva del intérprete, extremo que puede traducirse en una cierta arbitrariedad jurídica.³⁵⁸ En concreto, en una situación de crisis familiar, ello se traducirá en la valoración que habrá de otorgarse a la factibilidad

³⁵⁴ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 147.

³⁵⁵ SANTOS URBANEJA F. “¿Qué significa el interés del menor?” *En Revista de Derecho de Familia. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001, núm. 15, abril de 2002.* Página 271. << El interés del menor comprende todo aquello que favorezca el libre y pleno desarrollo de su personalidad o todo aquello que redunde en respeto y protección de sus derechos. >>

³⁵⁶ PAGÉS Y CRIVILLÉ M. “*Hijos y divorcio.*” Edit. Martínez Roca, Barcelona, 2002. Página 25.

³⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. “*Curso de Derecho Administrativo I.*” Edit. Civitas, Madrid, 1995. 7ª Edición. Página 446. <<La técnica del concepto indeterminado se refiere a un ámbito de la realidad donde los límites no se encuentran determinados, pero que se intenta precisar ante un hecho concreto, por tanto, la aplicación del concepto solamente permite una solución. >>

³⁵⁸ MARTÍN HERNÁNDEZ J. “*La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección.*” Edit. Pirámide, Madrid, 2005. Página 24. <<La imprecisión del concepto jurídico del interés del menor plantea el inconveniente de que su aplicación concreta precisa de criterios personales y subjetivos, en función de las convicciones, ideología, sensibilidad, concepción de la vida y del mundo de quien hace la valoración. >>

de la implementación de un régimen de custodia compartida o monoparental en interés del menor.

En esta línea de argumentación, se ha sostenido que los conceptos jurídicos indeterminados son normas flexibles. En este sentido, la flexibilidad de la norma adquirirá importancia cuando se encuentra relacionada con la adecuación de un problema a un caso concreto.³⁵⁹ Así pues, se ha afirmado que el interés del menor se configura como un concepto jurídico abstracto, indeterminado pero determinable en cada caso según las circunstancias de hecho.³⁶⁰ Un concepto cambiante en relación con la persona y sus condiciones o situaciones, permitiendo el margen de la apreciación judicial.³⁶¹

Así pues, la concepción abstracta del interés del menor se circunscribirá al momento de situar en la práctica la definición teórica del concepto, porque el interés del menor no va a ser el mismo en todos los casos. Así, del análisis de cada situación de separación o divorcio, el interés del menor, únicamente va a admitir una modalidad apropiada como solución, y en cualquier caso, su determinación ha de concretarse en función al respeto de los derechos humanos inherentes a todas las personas, por cuanto, el menor, ante todo es persona.

³⁵⁹ LÁZARO GONZÁLEZ I. *“Los menores en el Derecho español- Práctica Jurídica.” Op. Cit.,* Página 108.

³⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. *“Curso de Derecho Administrativo I.” Op. Cit.,* Página 449. <<En la determinación del *bonus filii* es importante considerara la estructura del concepto jurídico indeterminado que está compuesta de la siguiente manera:

- Un núcleo fijo o una zona de certeza, configurado por unos datos previos y seguros.
- Una zona intermedia o de incertidumbre.
- Una zona de certeza negativa segura, con relación a la exclusión del concepto. >>

³⁶¹ VARELA GARCÍA C. *“Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto.” En Actualidad Civil, núm. 12/ 17-23 de marzo de 1997, Tomo I. Página 264.*

2. EL INTERÉS DEL MENOR EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

En el derecho internacional, el enfoque de la protección de los derechos desde la perspectiva de aquellos colectivos sujetos a una mayor vulnerabilidad ha creado el marco idóneo para el desarrollo del derecho internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, la protección internacional de la infancia ha ocupado la atención de la Comunidad internacional sobre la base de su especial situación de vulnerabilidad. Y en esta línea, se han promulgado diversos instrumentos normativos que sancionan los derechos de la infancia y de la adolescencia. La expresión “interés del menor” aparecía ya contenida en los Principios segundo y séptimo de la Declaración de los Derechos del niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959, en los que se preveía que se debía preponderar la satisfacción del interés del menor.³⁶²

En este sentido, el interés del menor, en cuanto término relativamente nuevo en el espectro jurídico, adquirió especial relevancia tras la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990)

El Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 señalaba que: *“El niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.”*³⁶³

Han sido muchos los Tratados e Instrumentos Internacionales ³⁶⁴que han hecho especiales pronunciamientos sobre la necesidad de protección de los menores, entre ellos destacar, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,

³⁶² RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 23.

³⁶³ STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (rec.1440/ 2010) (LA LEY 974/ 2013) “En línea con lo dispuesto en los Acuerdos Internacionales, cabe señalar una tendencia para mejorar la protección del menor junto a un mayor protagonismo de actuación por él mismo, que claramente informa la redacción tanto de la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, como la Carta Europea de los Derechos del Niño aprobada por el Parlamento Europeo mediante resolución A3-0172/ 92 (DOCE nº 241, 21 de septiembre de 1992)

³⁶⁴ www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfsn=2 En este enlace pueden ser consultados dichos Tratados Internacionales.

Nueva York 10 de diciembre de 1948, y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, Naciones Unidas 16 de diciembre 1966, y especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, Naciones Unidas 20 de noviembre 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución A 3-0172/ 1992, de 8 de julio.³⁶⁵

El artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, se pronuncia de forma contundente al establecer que: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las Instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se tomará primordialmente en consideración al interés superior del niño”*, así mismo, el artículo 24.1 de la Declaración Universal de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 proclama que: *“ Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia, como de la sociedad y del Estado”*

La Convención sobre los derechos del niño de 1989 es un instrumento jurídico vinculante, que concibe al niño como sujeto de derechos morales tanto en el ámbito de la libertad como en el de la igualdad y en el de la seguridad.³⁶⁶ El niño, es para la Convención un sujeto en desarrollo, pero un sujeto de derechos, como la libertad de conciencia, pensamiento y religión, la libertad de expresión e información, la libertad

³⁶⁵ GASSÓ PERALTA R. *“La pobreza y la explotación infantil en el mundo, marco general de análisis.”* En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) *“Explotación y protección jurídica de la infancia.”* Edit. Cedecs, Barcelona, 1998. Página 49. <<En virtud de la Convención de los Derechos del Niño, la familia debe asumir un rol protagónico en la atención y satisfacción de las necesidades de la infancia comprometiendo a los Estados a brindar el apoyo necesario para cumplir dicho cometido de manera que los menores permanezcan con sus progenitores, reservándose el derecho de actuar subsidiariamente en los supuestos en que la permanencia junto a la familia de los menores vaya contra su propio interés. >>

³⁶⁶ MARZATICO F. *“Las garantías constitucionales de los derechos de los niños.”* En MARTÍNEZ GALLEGU E. M^a. (Coords.) *“Menores: Instituciones de Protección y Responsabilidad.”* Edit. Fundación Diagrama, Murcia, 2004. Página 354. <<Una forma de subdividir el articulado de la CDN, sin desglosar su contenido, es la que se denomina las cuatro “P”, esto es:

- Participación del niño en todas las decisiones concernientes a su futuro;
- Protección contra todas las formas de discriminación, abandono y explotación;
- Prevención de los peligros;
- Previsión de ayudas para satisfacer sus necesidades.

Esta subdivisión refleja la síntesis del contenido de la CDN y de sus objetivos, promoviendo la protección del menor, su autonomía y el ejercicio de sus derechos. >>

de asociación y reunión o el derecho de participación. Así pues, en lo que concierne a los derechos del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño, nos adherimos a la clasificación que comprende cinco categorías de derechos, a saber: civiles, político sociales, culturales y económicos.³⁶⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) es un instrumento internacional multilateral de alcance general que dispensa una protección específica a la infancia, siendo así que constituye el punto de referencia ineludible en el sistema de protección de la infancia.³⁶⁸

En términos similares, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 establecía en su artículo 25.2: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de él tienen derecho a igual protección”*

También la Carta Europea de los Derechos del Niño de 21 de septiembre de 1992 señalaba en su punto nº15 que: *“Toda decisión familiar, administrativa o judicial, en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses.”*

La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño de 11 de julio de 1990 establece en su artículo 4: *“En todas las acciones relativas al niño que sean emprendidas por cualquier persona o autoridad, el interés superior del niño será la principal consideración.”* También, la Convención Americana sobre Derechos Humanos” Pacto de San José de Costa Rica” (suscrito en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, del 7 al 22 de noviembre de 1969) establecía en su artículo 19 que: *“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección*

³⁶⁷ ÁLVAREZ VÉLEZ M^a I. *“La política de protección de menores en el ámbito internacional.”* En RODRÍGUEZ TORRENTE J. *“El menor y la familia: Conflictos e implicaciones.”* Edit. UPCO, Madrid, 1998. Página 100. << Los derechos de los niños contenidos en la Convención son susceptibles de ser clasificados en cuatro categorías: civiles, sociales, culturales y económicos, sin incluir en lo que sería una clasificación más tradicional, derechos de carácter político. >>

³⁶⁸ PECES BARBA MARTÍNEZ G. *“Textos Básicos de Derechos Humanos.”* Con Estudios Generales y Especiales y Comentarios a cada texto nacional e internacional. Edit. Aranzadi. Navarra, 2001. Página 203.

*que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.”*³⁶⁹

También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, hecha en Niza, el 7 de diciembre de 2000, dispone los derechos del menor en su artículo 24, señalando al efecto que: *“Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses.”* Debiendo, por tanto, analizarse en cada supuesto concreto, todas las circunstancias concurrentes a fin de determinar el mejor interés de los menores implicados en un procedimiento de separación o divorcio.³⁷⁰

La del interés del menor es una cuestión compleja, dado que este interés debe ser entendido en el más amplio sentido, de modo que incluya no sólo el bienestar físico y mental del menor, sino también el moral, el espiritual y el bienestar emocional, que son esenciales para el pleno desarrollo del propio carácter, personalidad y talentos del niño. Así, la apreciación del interés del menor supone la aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cuyo alcance ha de fijarse en el llamado margen o ámbito de apreciación e dichos conceptos, en atención a unos hechos acreditados.³⁷¹

En esta línea, y respecto a lo que ha de entrañar ese interés del menor, el artículo 26 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 habla de: *“el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, espiritual, moral y*

³⁶⁹Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en la Novena Conferencia Interamericana en Bogotá en 1948 establecía en su artículo 7 :” Toda mujer en estado de gravedad o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.”

³⁷⁰ DÍEZ PICAZO L. afirmaba que << Tratándose de personas de corta edad, ha de tenerse en cuenta el beneficio futuro, amén del beneficio presente. Aunque la idea de beneficio parece poseer un valor o connotación económica, no está ausente la connotación pedagógica- es más beneficioso aquello que supone mayor posesión o disfrute de bienes espirituales -. De conformidad, por ende, con los usos sociales generalizados, el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás. >> (DÍEZ PICAZO L. *“El principio de protección integral de los hijos.” En Familia y derecho.* Edit. Civitas, Madrid, 1984. Página 171)

³⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ F. *“El interés del menor.”* Edit. Dykinson. Madrid, 2007. Página 145.

social” y el artículo 29 de: “el derecho al desarrollo de sus propias aptitudes y a prepararlo para una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos, y personas de origen indígena.”

A estos efectos, es interesante considerar la Observación General 14 (aprobada el 29 de mayo de 2013) a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN) que recoge en su número 32 el deber general de concretar el derecho del niño según las circunstancias de cada caso concreto, puntualizándose que tal concreción no queda encomendada a la discrecionalidad del poder público en cuestión según el caso sino que se exige que el contenido de esa concreción y las medidas que la acompañen deben siempre respetar plenamente los derechos que figuran en la Convención y sus Protocolos facultativos.³⁷²

A la hora de realizar un balance de la implementación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, podemos manifestar de manera fehaciente, que constituye la máxima expresión en lo que respecta a la protección de menores. La promulgación de la CDN de 1989 supuso el inicio de un movimiento mundial en pro de una legislación dedicada a la protección de los menores.³⁷³ Es a partir de la promulgación de la CDN cuando los Estados comenzaron a instituir cambios en sus legislaciones internas, con el fin de que los derechos establecidos en dicho documento se hiciesen efectivos. Si bien, a este respecto, consideramos que, la mejor forma de que la protección de los derechos del menor tengan eficacia a partir de su regulación en las legislaciones internas de los Estados, pasa porque exista una verdadera correspondencia entre las normas generadas a partir de la Constitución Política y las disposiciones contenidas en los Códigos sustantivos.³⁷⁴

³⁷² *Diario La Ley*, nº 8556, Sección Doctrina, 8 de junio de 2015, Ref. D-229, Editorial La Ley (LA LEY 3624/ 2015)

³⁷³ VERDUGO ALONSO M. “*Perspectivas actuales de protección y promoción de los derechos del niño.*” En VERDUGO ALONSO M. y SOLER-SALA V. (Eds.) “La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI.” Edit. Universidad de Salamanca, 1996. Página 19.

³⁷⁴ PICADO S. “*Los derechos de los niños son Derechos Humanos.*” En VERDUGO ALONSO M. y SOLER-SALA V. (Eds.) “La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI.” Edit. Universidad de Salamanca, 1996. Página 74. <<Desde la perspectiva del derecho interno de los Estados, no sólo por medio de legislaciones específicas sobre menores sino más bien desde la raíz del sistema de la constitución política, deben facilitarse todos los medios para garantizar esta protección, favoreciéndose la

No obstante, entre los desaciertos de la CDN, debemos mencionar la falta de orden en el contenido normativo, propiamente en la disposición de los artículos,³⁷⁵ lo que se ha atribuido a que el texto tiene un carácter político.³⁷⁶ Si bien, más allá del orden del contenido normativo, cuestión más de forma que de fondo, en lo que atañe a la protección del menor, es innegable que la CDN tiene una influencia que gravita de forma sustancialmente significativa sobre la legislación de los diferentes Estados. Así pues, en la actualidad no es concebible la protección del menor, ya sea en el ámbito interno o internacional, sin tomar en cuenta la Convención de los Derechos del Niño de 1989.³⁷⁷

posibilidad de que los niños y las niñas puedan utilizar recursos rápidos y eficientes en beneficio de su propia protección. >>

³⁷⁵ ÁLVAREZ VELEZ M^a. I. “*La protección de los derechos del niño....*” *Op. Cit.*, Página 101. <<El hecho de que no aparezca en el articulado la protección del niño antes de su nacimiento, se debió a un compromiso de carácter político al que llegaron los miembros de la Comisión de Derechos Humanos, enfrentando a la circunstancia de que muchos Estados no podrían ratificar la Convención si en ella aparecía esa defensa, puesto que sus legislaciones internas reconocen la posibilidad del aborto en mayor o menor medida. >>

³⁷⁶ ÁLVAREZ VELEZ M^a. I. “*La protección de los derechos del niño...*” *Op. Cit.*, Página 102.

³⁷⁷ PICADO S. “*Los derechos de los niños son Derechos humanos.*” *Op. Cit.*, Página 67-74. <<Es preciso desarrollar mecanismos eficaces de protección tanto a nivel interno como internacional, como por ejemplo la denuncia individual en temas de Derechos Humanos o la elaboración de un sistema de informes sobre el cumplimiento de la CDN. >>

3. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

El interés del menor viene, por tanto, a constituir una aspiración que tiende a asegurarle un desarrollo óptimo de su personalidad en una situación concreta, desarrollo que habrá de comprender todas las proyecciones de su personalidad: afectiva, intelectual, corporal, social y jurídica, y la defensa prevalente de ese interés residirá en la circunstancia de su minoría de edad, es decir, en su condición de personalidad humana en desarrollo, que el legislador valora como susceptible de una mayor vulnerabilidad y por consiguiente, merecedora de una mayor protección jurídica. En este marco, las relaciones paterno-filiales constituyen parte esencial en el desenvolvimiento y pleno desarrollo de la personalidad del menor, tanto en los aspectos sustantivos de asistencia, cuidado y protección, como en cuanto derecho ontológico del individuo a conocer su propia historia genética.

La indeterminación jurídica del interés del menor conlleva en la práctica una doble labor, de un lado, de habrá de determinar en que consiste dicho interés, y de otro lado, se deberá precisar lo que más le conviene al menor en cuanto a la modalidad de custodia a implementarse.

Pese a que los Tribunales de Justicia no han dado un concepto preciso acerca de que debe entenderse por interés del menor, no obstante, en la STS 320/ 2011, 12 de mayo³⁷⁸ (rec.1334/2008) en la que se resuelve acerca de las relaciones personales y derecho de visitas de la compañera sentimental de la madre biológica con respecto al hijo de ésta, concebido por inseminación artificial constante la relación sentimental, se afirma, sin embargo que: *“El interés eminente del menor, consiste en términos jurídicos, en salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad, asegurándole la protección que merece todo ciudadano en el reconocimiento de los derechos fundamentales, y en el deber de los poderes públicos*

³⁷⁸ STS 320/2011, de 12 de mayo de 2011 (rec.1334/ 2008) (LA LEY 52207/ 2011) En la que la demandante solicitaba que se le concediese un régimen de visitas respecto del hijo biológico de su ex compañera sentimental concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida. Las sentencias de instancia estimaron la demanda en la que se pedía la elevación a definitiva de la medida cautelar adoptada por el Juzgado de Instrucción, consistente en el reconocimiento a la demandante del derecho de visitas respecto al hijo biológico de su antigua compañera sentimental. El TS desestimó el recurso de casación formulada por la demandada.

de remover todo obstáculo que se oponga al completo y armónico desarrollo de su personalidad.”

También la STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (rec.1395/ 2010)³⁷⁹ en la que se estimó el recurso extraordinario por infracción procesal, entendiendo que la denegación por el Tribunal de Instancia del régimen de guarda y custodia compartida solicitada sólo por el padre (existiendo además informe psicosocial favorable a este régimen de guarda, así como informe favorable del Ministerio Fiscal) no tuvo en cuenta el interés del menor, se mencionan los criterios que han de ser tenidos en consideración a la hora de interpretar lo que significa ese “interés del menor”, y que deberán ser tenidos en cuenta en los litigios sobre guarda y custodia: *“Criterios tales como, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; así como el resultado de los informes exigidos legalmente.”*³⁸⁰

La STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 (rec.2525/ 2011)³⁸¹ reafirma y consagra como doctrina casacional una serie de consideraciones y criterios (ya mencionados , y en los que profundizaremos más adelante, tales como, la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor, los deseos manifestados por los menores competentes, el número de hijos.....) y que aparecían contenidos en sentencias

³⁷⁹ STS 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (rec.1395/2010) (LA LEY 72578/ 2012)

³⁸⁰ STS 76/2015, de 17 de febrero de 2015 (rec.2923/ 2013) (LA LEY 1746/ 2015) << En toda la normativa internacional, estatal y autonómica late este interés superior del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie en orden a su desarrollo físico, ético y cultural.>>

³⁸¹ STS 257/2013, de 29 de abril de 2013 (rec.2525/ 2011) (LA LEY 37196/ 2013) En la que ambos progenitores solicitaron la guarda y custodia exclusiva para sí, alegando a tal efecto el informe del Ministerio Fiscal de “no oposición al régimen de guarda y custodia compartida” en preparación de apelación, arguyendo además que en el informe psicológico se mostraba que ambos progenitores tenían suficiente capacidad y voluntad para ejercer la maternidad/ paternidad responsable. En este caso, las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Elda y la AP de Alicante, Sección 4ª) estimaron parcialmente la demanda de divorcio y entre otras medidas, atribuyeron al padre la guarda y custodia de la hija del matrimonio. El TS declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre, y casó la sentencia recurrida en lo que se refería a la denegación de la guarda y custodia de la hija, aunque mantuvo dicho pronunciamiento pero por razones distintas a las señaladas por la SAP.

anteriores del propio TS (STS 154/ 2012, 9 de marzo (LA LEY 31826/ 2012) STS 579/ 2011, 22 de julio (LA LEY 119736/ 2011) STS 578/ 2011, 21 de julio (LA LEY 119737/ 2011) a la hora de dilucidar sobre la determinación de la atribución de un determinado régimen de guarda y custodia.³⁸²

Más recientemente, la STS 47/2015, de 13 de febrero de 2015 (rec.2339/ 2013)³⁸³ señalaba que : *“El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades de los hijos tras la ruptura conyugal, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, que a la postre va a condicionar el mantenimiento de un status quo parecido al que disfrutaba hasta ese momento pero en el marco de unas relaciones familiares complejas.”*

A estos efectos, para que el Juez determine el interés del menor en un caso concreto de manera objetiva, debe tener en cuenta no sólo el ámbito jurídico, sino también

³⁸² SAP de Barcelona, Sección 12, de 20 de diciembre de 2006 (Nº 770/2006) (rec.313/2006) señala como criterios a ponderar para la determinación de las modalidades de custodia: La disponibilidad de tiempo de que dispongan cada uno de los progenitores para dedicarlos a sus hijos; el aseguramiento de la estabilidad del menor en relación con la situación precedente, procurándose la continuidad del entorno, así como las relaciones con la familia amplia, el colegio, los amigos, la ciudad o el barrio; la ponderación de cuál de los progenitores ofrece mayor garantía para que la relación con el otro progenitor se desarrolle con normalidad; el rol de dedicación a los hijos de uno u otro progenitor en la etapa de convivencia anterior a la separación; la garantía del equilibrio psíquico del menor, a fin de que no se vea afectado por desequilibrios graves que pudiesen afectar a uno de los progenitores; la precaución de deslindar la idoneidad de la custodia del afán por la obtención de réditos indirectos, como el uso de la vivienda o la percepción de pensiones.

³⁸³ STS 47/2015, de 13 de febrero de 2015 (rec.2339/ 2013) (LA LEY 3763/ 2015) En la que se interpuso demanda por la tía paterna del menor (cuyo progenitor paterno había fallecido a manos de su madre, que se hallaba en la actualidad cumpliendo condena de 18 años de cárcel) solicitando la atribución definitiva de la custodia de su sobrino, y la suspensión del régimen de visitas concedido a favor de los abuelos maternos. El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Reinosa estimó parcialmente la demanda atribuyendo la guarda y custodia del menor a su tía paterna, y concediendo un régimen de estancias y visitas a favor de los abuelos maternos del menor. La AP de Santander, Sección Segunda, estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia recurrida, atribuyendo la guarda y custodia del menor a los abuelos maternos, declarando, así mismo, el derecho de la tía del menor a relacionarse personalmente con su sobrino en los términos expuestos en dicha sentencia. La STS estimó los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la AP, Entendiendo que: << El menor ha tenido un entorno estable y seguro, primero con su padre, y después con su tía y en el entorno familiar paterno, lo que posibilitó la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los existentes con los abuelos maternos. El nuevo entorno con los abuelos no garantiza condiciones de estabilidad y no se justifica ningún cambio sustancial para acordarlo, salvo el interés de los abuelos maternos de hacerse cargo en exclusiva de la custodia, lo que contradice la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que “debe primar el interés del menor por encima de cualquier otra consideración.”>>

otras disciplinas como la psicología, o en su defecto deberá acudir al auxilio de especialistas a fin de determinar lo que mejor convenga al interés del menor.³⁸⁴

Así pues, el bien del niño será lo que convenga al desarrollo de la personalidad del niño y se dará cuando medie una relación adecuada entre las necesidades del niño y las condiciones de vida que le rodean. La desventaja de esta concepción está en que habrá de determinarse cuándo dicha relación es adecuada.³⁸⁵

³⁸⁴ SEIJAS QUINTANA J. A. “Consecuencias de la separación y el divorcio.” *En Actualidad Civil*, núm. 29/ 14-20 de julio de 1997, Tomo III. Página 642. <<Corresponde a la autoridad judicial determinar el contenido del interés del menor de forma progresiva, mediante los testimonios que los progenitores presentan con ayuda de razonamientos lógicos de sentido común, conocimiento y experiencia que obtiene durante el desarrollo de la litis. >>

³⁸⁵ DETTENBORN HARRY “*Kindeswohl und Kindeswille*.” München, 2001. Página 45 << El interés del niño es un concepto flexible que ha de interpretarse teniendo en cuenta tanto los múltiples casos como los múltiples factores de riesgo planteables, lo cual nos lleva a individualizar el concepto en el caso concreto. Así es un concepto que debe individualizarse teniendo en cuenta el niño concreto en cada caso determinado. >>

4. CONCEPCIÓN DOCTRINAL DEL INTERÉS DEL MENOR

La actual potenciación de los valores individuales de la persona, propiciado por razones de índole sociocultural y económica, que en el orden jurídico encuentran su reflejo en la revalorización de los derechos de la personalidad, ha contribuido a reforzar la protección conferida por el derecho a la infancia, configurada ésta, por la psicología, como etapa vital en la formación de la personalidad del individuo, y en la consolidación de su propia identidad. Si bien, como venimos mencionando, el descubrimiento de lo que sea beneficioso o convenga al menor plantea serios problemas por lo genérica de su delimitación. Doctrinalmente, son variadas las opiniones acerca de qué es o como se entiende el interés del menor, como variadas son también las perspectivas psicológicas y jurídicas desde las que ha sido contemplado, habida cuenta del gran relativismo que impera en esta cuestión y de la indefinición jurídica del concepto.

Roca Trías³⁸⁶ entiende que, el concepto de interés del menor no constituye otra cosa que la proyección en las personas menores de edad, del problema de los derechos fundamentales en general. Por su parte, Navas Navarro³⁸⁷ define el interés del menor, como la voluntad del legislador de garantizar el óptimo desarrollo de su personalidad mediante el ejercicio de sus derechos fundamentales, y lo diferencia del bienestar del menor, que sería el desarrollo de la personalidad y ejercicio de los derechos fundamentales en sí mismos.

Gernhuber Joachim³⁸⁸ afirma, por su parte que, el interés del menor (kindeswohl) sólo posee un contenido concreto cuando se observa un caso particular.

Guiriena Lekue³⁸⁹ señala que la legislación española establece como objetivo central de la tarea judicial la satisfacción del mejor interés del menor, y en la aplicación de este criterio subyace la concepción del niño/ a como sujeto de derecho, lo que

³⁸⁶ ROCA TRÍAS E. *“Familia y cambio social (de la casa a la persona)”*. Madrid, 1999. Páginas 216-220

³⁸⁷ NAVAS NAVARRO S. *“El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”* En Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luís Díez -Picazo. Tomo I. Madrid ,2003. Páginas 693-707

³⁸⁸ GERNHUBER JOACHIM y COESTER-WALTJEN DAGMAR *“Lehrbuch des Familienrechts.”* Munich, 1994, 57, IV << Daswohl des Kinds>> Página 164.

³⁸⁹ GUIRIENA LEKUE A. *“La suficiencia del juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”* Diario la Ley Nº 6823, Año XXVIII, 19 noviembre de 2007, Ref D-248. Editorial La Ley.

determina una nueva posición del mismo en el ámbito judicial cuando se ha de tomar una decisión que le incumbe, y en el ámbito del derecho de familia supone tener en cuenta la opinión de los menores reflejada en la denominada "audiencia del menor".

Autorino Stanzione ³⁹⁰ manifiesta que: <<Per quanto concerne la nozione di interesse del minore, se ne piú volte discorso, nei termini che valgono a maggior ragione per la materia che qui si tratta. Esso si profil come nozione a contenuto variabile, la cui valutazione deve tenere conto della concreta situazione del minore, soggettiva ed oggettiva. >>

En opinión de Linacero de la Fuente³⁹¹, la noción del interés del menor debe determinarse poniendo en relación dicho principio con el respeto a los derechos fundamentales del niño consagrados en la Convención de 1989 (derecho a la salud; derecho a la educación; derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; derecho a ser oído; derecho a la protección contra toda forma de perjuicio, abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación; derecho a no ser separado de sus padres salvo que sea necesario al interés del menor; derecho del niño impedido física o mentalmente a recibir cuidados especiales....)Se trataría, por tanto, de que la noción del interés del menor se materialice tomando como guía el respeto a los derechos fundamentales que le reconoce al niño el Derecho Internacional, en congruencia con lo sancionado en el artículo 39.4 de nuestra CE³⁹².

Se ha sostenido que el interés superior del menor en cuanto principio jurídico, universal y abstracto, se erige como criterio principal para determinar la modalidad de custodia a aplicarse, prevaleciendo, inclusive, al interés de los progenitores.³⁹³ En esta línea, el interés del menor en cuanto criterio prevalente se concretará en aquello que

³⁹⁰ AUTORINO STANZIONE G. "*Diritto di famiglia*." G. Giappichelli. Editore Torino, 1997. Página 280

³⁹¹ LINACERO DE LA FUENTE M. "*Protección Jurídica del menor*" Edit. Montecorbo, S.A Madrid, 2001. Páginas 60-61.

³⁹² Artículo 39.4 CE "Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos."

³⁹³ ALONSO PÉREZ M. "*La situación jurídica del menor.....*"*Op. Cit.*, Página 24. <<El interés superior del menor debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de sus personalidad, Así mismo, la salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza.....la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo...) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del interés del menor. >>

atendidas las circunstancias de un caso concreto sea más favorable para el menor, proporcionándole las mejores condiciones para su desarrollo personal.³⁹⁴

En este sentido, se ha afirmado que el interés del menor tiene que ser tomado en cuenta con preeminencia sobre otros criterios previstos en la norma como consecuencia de lo establecido en la legislación vigente.³⁹⁵

Frente a ello, se ha argumentado que es dable que entre intereses semejantes prevalezca el del menor, pero es contrario a la legislación vigente que el interés del menor se considere superior al de una persona mayor de edad con más valor.³⁹⁶

A nuestro juicio, en una situación de crisis familiar la defensa prevalente del interés del menor se encuentra relacionada con su minoría de edad, lo cual no va a significar una discriminación positiva, sino que en función de su condición de ser menor de edad, y en vistas de que la estructura familiar fundacional no ha cumplido su objetivo, esto es que los progenitores fracasaron en su intento de conservar una estructura familiar funcional en armonía, se debe precautelar el interés del menor.

En consonancia con todo lo anteriormente expuesto, se podría afirmar que el interés superior del menor reside, al menos en parte, en el deber de todo poder público de proteger y respetar los derechos del menor de edad, en cuanto garantes del derecho fundamental a la dignidad del menor de edad, (Art. 18 CE) y así mismo, en cuanto exigencia del principio de seguridad jurídica sancionado constitucionalmente (Art. 9 CE) en aras a la consecución del efectivo y real disfrute de sus específicos derechos. No obstante, todo ello carece de utilidad práctica si no dotamos de contenido concreto al

³⁹⁴ LÁZARO GONZÁLEZ I. “*Los menores en el Derecho Español- Práctica Jurídica.*” *Op. Cit.*, Página 215.

³⁹⁵ CALDERÓN CUADRADO M. P. “*Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 y 773 de la LEC)*” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002. Página 135. <<El interés de los hijos es, o debe ser, atendido incluso por encima de otros criterios establecidos por el legislador. >>

TORRELLES TORREA E. “*La filiación.*” En MALUQUER DE MOTES C.J. (Coord.) “*Derecho de Familia.*” Edit. Bosch, Barcelona, 2005. Página 280. <<El principio de favor filii debe prevalecer sobre el interés de los progenitores. >>

³⁹⁶ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “*Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos.....*” *Op. Cit.*, Página 27. <<Lo categórico de la afirmación parece excluir toda ponderación entre los intereses o principios en juego, lo que es evidentemente erróneo. Una cosa es que entre intereses iguales o al menos, semejantes, prime el del menor sobre otro cualquiera, y otra cosa bien distinta y contraria al ordenamiento jurídico, sería que el interés del menor, por insignificante que fuera, se antepusiera al de un mayor de edad, de muy superior valor. >>

concepto indeterminado de interés del menor, permitiendo la concreción de los criterios generales a aplicar por los tribunales en los procedimientos en los que se hallen implicados menores. Debiendo, de un lado, ceñirse al examen pormenorizado de la concreta realidad del caso a resolver, y de otro lado, siendo escrupulosamente respetuosos con los concretos derechos reconocidos al menor como tal.

4.1 Técnicas de determinación del interés del menor

Las técnicas de determinación del interés del menor resultan esenciales para la concreción del *bonus filii* en una situación de crisis familiar en cuanto criterio de atribución de una modalidad de custodia.

4.1.1 Técnica de la cláusula general

La aplicación de esta técnica se va a justificar en virtud a la dificultad de una determinación precisa de la realidad a la que se refiere la norma.³⁹⁷ Así pues, la indeterminación del concepto jurídico del interés del menor tiene dos aproximaciones, de un lado, con relación a la concreción de casos específicos, y de otro lado, la constatación de que el interés del menor va a sufrir variaciones correlativas al desarrollo del menor en función de su edad.³⁹⁸ En este sentido, mediante la utilización de cláusulas generales se pretende identificar el interés del menor en términos de equidad respecto a los demás.

Si bien, el inconveniente de la técnica de la cláusula general para la concreción del interés del menor radicará en que, para este fin pueden ser utilizados criterios sociales estereotipados que en ocasiones pueden dejar en un segundo plano el ámbito jurídico.³⁹⁹

³⁹⁷ HERRANZ BALLESTEROS M. *“El interés del menor en los convenios de la Haya en Derecho Internacional Privado.”* Edit. Lex Nova, Valladolid, 2004. Página 48.

³⁹⁸ DÍEZ PICAZO L. *“Familia y Derecho.” Op. Cit.*, Página 177. <<Para llenar las cláusulas generales y los conceptos jurídicos con un amplio halo de indeterminación hay que recurrir a los usos sociales generalizados o según estos, el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás, lo que puede encontrar su fundamento último en la idea de igualdad. >>

³⁹⁹ MARTÍN HERNÁNDEZ J. *“La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección...” Op. Cit.*, Página 24. <<Respecto a los criterios, valores y objetivos que se aducen para elegir circunstancias concretas que más convienen al menor, no son sino criterios y valores personales de quien invoca dicho interés. Las predicciones acerca de los efectos que pueden suponer las decisiones actuales, en el futuro de un niño, son necesariamente especulativas y no existe consenso acerca del valor inherente a una elección determinada, entre las opciones posibles. >>

Habida cuenta de esto, la importancia de la técnica de la cláusula general radicaré en la habilidad, a la hora de determinar el mejor interés del menor, para realizar una aproximación individual sin contemplar criterios preconcebidos de manera general, dado que dichos criterios subjetivos no harán sino dificultar la concreción del *bonum filii*. Debiendo, a estos efectos, las autoridades judiciales adaptar la determinación del interés del menor a las características del caso concreto y a los factores externos que le rodean, a fin de someter al derecho la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados.

4.1.2 Técnica de determinación del interés del menor por medio de la casuística

La situación en que se halla un menor de edad adolecerá de particulares connotaciones en cada situación de crisis familiar, a estos efectos, la dualidad de opciones que el Derecho sustantivo establece con relación a la custodia ha de facilitar la elección de la modalidad adecuada a través de la casuística.⁴⁰⁰

Así, un sector doctrinal sostiene que, la casuística permitirá adaptar el pronunciamiento judicial a las peculiaridades del caso a diferencia de la técnica de la cláusula general.⁴⁰¹

En este sentido, la cláusula general se convierte en el instrumento para promover una aproximación casuística a una determinada situación de separación o divorcio. En esta línea, para implementar el régimen de custodia compartida o alterna en un determinado supuesto de crisis familiar, se deberá realizar un análisis casuístico de la referida crisis.⁴⁰² Así pues, la implementación de esta modalidad de custodia se encontrará supeditada a la valoración individual de un caso concreto, dado que a

⁴⁰⁰ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 60. <<Configura este sistema como la técnica legislativa de la concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos. >>

⁴⁰¹ UTRERA GUTIÉRREZ J.L. “*Protección de menores: Acogimiento, adopción y tutela.*” En GONZÁLEZ POVEDA P. y GONZÁLEZ VICENTE P. (Coords.) “*Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales.*” Edit. Sepin, Madrid, 2005. Páginas 293-294.

De igual forma, SALANOVA VILLANUEVA M. “*Aproximación al derecho de visita.*” *En Actualidad Civil*, núm. 24/ 12-18 de junio de 1995, Tomo II. Página 511. <<El interés del menor se presenta como una noción de contornos harto difusos: el *bonum filii* no parece definido en ningún lugar, pero tampoco se proporcionan criterios para su indagación y determinación. >>

⁴⁰² GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “*Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.*” *Op. Cit.*, Páginas 156-157.

través de la casuística se podrá determinar concretamente si es viable o no un determinado sistema de custodia.⁴⁰³

En este sentido, se ha sostenido que para resolver las diferencias en materia de patria potestad, custodia y régimen de visitas, las autoridades judiciales tiene que concretar el concepto indeterminado del interés del menor, realizando una valoración pormenorizada de cada caso concreto, y valiéndose para ello tanto de los preceptos jurídicos como de otras ciencias como la psicología.⁴⁰⁴

De otro lado, también se ha afirmado, que el problema de la casuística radica en que no resulta adecuada para aquellos supuestos dudosos y difíciles de resolver, cuyas pautas para solventarlos no aparecen claras.⁴⁰⁵

En cualquier caso, el concepto indeterminado del interés del menor deja de serlo cuando se produce su concreción mediante su aproximación casuística al supuesto de hecho concreto, debiendo, los datos psicológicos y jurídicos coadyuvar a la determinación del mejor interés del menor, y en concreto, en el tema que nos ocupa, a discernir cuál será la modalidad de custodia que mejor proteja el favor filii.

4.1.3 Técnica de concreción del interés del menor según criterios normativos preestablecidos

La técnica de concreción del interés del menor según criterios normativos establecidos se configura como una alternativa al establecimiento del interés del menor mediante cláusula general y al posible arbitrio judicial en la determinación de dicho interés.⁴⁰⁶

⁴⁰³ LINACERO DE LA FUENTE M. “*La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/ 1996, 15 de enero.*” En *Actualidad Civil*, núm. 48, 27 de diciembre de 1999 a 2 de enero de 2000, Tomo IV. Página 1585. <<Solamente la casuística puede concretar el concepto indeterminado del interés del menor. >>

⁴⁰⁴ VILLAGRASA ALCAIDE C. “*El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados.*” En *Revista de Derecho de Familia*, núm. 14. Edit. Lex Nova, Valladolid, enero de 2002. Página 41. <<Resulta complejo, a priori y en abstracto, la determinación sobre cuál sea efectivamente el interés del menor, y resulta inevitable remitirse a cada caso particular, relacionando dicho principio con la situación del menor de que se trate en concreto y de acuerdo con sus circunstancias personales; ya que evidentemente, lo que puede ser de interés para un determinado caso puede no resultar conveniente para otro, e incluso, en cuanto a un mismo menor, unas vicisitudes personales u objetivas cambiantes pueden determinar intereses diversos en momentos distintos de su vida. >>

⁴⁰⁵ CARRIÓ GENARO R. “*Algunas palabras sobre las palabras de la Ley.*” Edit. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1971. Página 25.

⁴⁰⁶ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 60. <<Se presenta en cuanto técnica legislativa, como una reacción frente a la inconcreción de las normas abiertas y cláusulas

Así pues, dicha técnica describe unos criterios generales que pretenden servir de orientación a los Tribunales de justicia a la hora de determinar el mejor interés del menor. Se han apuntado ⁴⁰⁷ como criterios:

- La satisfacción de las necesidades materiales básicas y emocionales del menor
- La tención de los deseos del menor de acuerdo con su estado de madurez
- El mantenimiento del status quo material y espiritual del menor
- La edad, sexo y personalidad del menor
- Las perspectivas del futuro del menor
- La capacidad de los progenitores para satisfacer las necesidades del menor
- La interacción del menor con sus progenitores, hermanos y cualquier otra persona que pueda afectar manifiestamente al interés del menor
- La salud mental y física de todas las personas implicadas en el desarrollo del menor
- La regla mínima de intervención judicial

Todos estos criterios deben ser contemplados de conformidad al análisis concreto de cada situación a efectos de precautar el interés del menor y determinar de forma adecuada el sistema de custodia que mejor protege el favor fili. Si bien, no podemos obviar que todos estos criterios tienen un componente social que puede influir en la determinación del interés del menor, cuando, como venimos argumentando partimos de posiciones preconcebidas o de consideraciones subjetivas que pueden incidir en el interés del menor, perjudicándolo.

En esta línea, la diferencia entre la técnica de la cláusula general y la técnica según criterios normativos preestablecidos estriba en la utilización por parte de esta última de aproximaciones preconcebidas que pretenden servir de orientación a la autoridad judicial a la hora de determinar la concreción del interés del menor, a diferencia de ella, la técnica de la cláusula general enfoca la determinación del beneficio del menor desde una aproximación netamente individual. En este sentido, en la práctica la

generales y a los riesgos de inseguridad e injusticia que crea el arbitrio judicial que aquella determinación exige. >>

⁴⁰⁷ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor*” *Op. Cit.*, Páginas 64-68 y 203-205.

HERRANZ BALLESTEROS M. “*El interés del menor en los convenios...*” *Op. Cit.*, Página 47.

técnica de la cláusula general corre el riesgo de ser subsumida por la técnica de los criterios preestablecidos, dado que dichos parámetros preconcebidos van a tener los mismos componentes sociales que los utilizados en el enfoque individual.

4.1.4 Los métodos de John Eekelaar

Junto a la técnicas mencionadas existen, así mismo, otros métodos orientados a desentrañar la concreción del interés del menor. Con referencia a los métodos de John Eekelaar ⁴⁰⁸podemos distinguir:

4.1.4.1 Método de Objetivización

El método de objetivización consistirá en introducir anticipadamente valoraciones generales que son consideradas objetivamente en interés del menor, esto es, conforme a dicho método, el interés del menor se deberá valorar a partir de criterios generales y objetivos presentes en la sociedad en su conjunto.⁴⁰⁹ No obstante, el problema radicará en determinar bajo qué parámetros serán introducidos dichos criterios en aras a determinar el interés del menor.

Se ha criticado este método por entender que no existen valoraciones generales con validez objetiva y universal, toda vez que diferirán en función del intérprete de las mismas.⁴¹⁰

En esta línea, en el proceso de determinación del interés del menor, en un primer momento, se tomarán como referencia criterios generales, para posteriormente recurrir a un análisis específico de los presupuestos concurrentes. Así pues, estos criterios generales coadyuvarán en la determinación del interés del menor, más no podrán ser definitivos, habida cuenta de que también habrá de valorarse el contexto en el que se desarrolla la crisis familiar.

⁴⁰⁸ Sobre el tema véase EEKELAAR J. *"The interest of child and the child's wishes: the role of the dynamic self-determinism."* In *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994. Páginas 42-61; <http://lawfam.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/8/1/42>

⁴⁰⁹ En este sentido DÍEZ PICAZO L. *"Familia y derecho."* Op. Cit., Página 176. <<Habrán de ser las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse más beneficioso. >>

⁴¹⁰ ROVERO HERNÁNDEZ F. *"El interés del menor."* Op. Cit., Página 80.

Este método, guarda así mismo relación con la técnica que determina el interés del menor según criterios normativos preestablecidos, con la particularidad de que el método de la objetivización sólo considerará como referentes para llevar a cabo dicha determinación los criterios objetivos.

4.1.4.2 Método del dynamic self-determinism

El método dynamic self-determinism surge como alternativa al método de objetivización, basándose dicho método en la auto-determinación del propio menor para poder influir en las decisiones que sea adopten sobre aquél. Se ha sostenido, a este respecto que, el menor en cuanto sujeto independiente tiene derecho a participar en la determinación de su propio interés.⁴¹¹ No obstante, no podemos dejar de mencionar que los deseos del menor no han de coincidir necesariamente con lo más beneficioso para él.

Se ha afirmado, así mismo, que las decisiones que se adopten sobre el menor han de ser, en todo caso, decisiones temporales, y por consiguiente, susceptible de ser sometidas a revisión y actualización.⁴¹²

Así pues, participamos de la opinión de que resulta conveniente que se fomente la participación activa –directa o indirectamente- del menor en la determinación de su propio interés, no obstante, siempre de acuerdo con su edad y sus condiciones de madurez. Dicha participación constituye una alternativa que puede contribuir a solucionar las cuestiones planteadas, al tiempo que fomenta la autonomía del menor y el desarrollo de su personalidad.⁴¹³ El menor ejercerá sus derechos progresivamente y podrá hacer valer su opinión en la concreción de su propio beneficio.

En esta línea, se ha sostenido que es conveniente determinar el concepto del interés del menor desde la perspectiva del propio menor, considerado como persona individual y sociable que vive una problemática en un tiempo y espacio determinado.

⁴¹¹ DURÁN AYAGO A. “*La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico.*” Edit. Colex, Madrid, 2004. Página 88. <<La Convención sobre los Derechos del Niño ha propugnado un nuevo papel de éste en la sociedad en la que vive y se desarrolla. Un papel activo que le permita ser artífice de su propia existencia. >>

⁴¹² RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 79.

⁴¹³ SAN ANDRÉS DíEZ R. “*Participación de los niños y las niñas en la sociedad: Un derecho, un deber, un valor a educar.*” En MARTÍN LÓPEZ M.T. (Coord.) “*La protección de los menores, derechos y recursos para su atención.*” Edit. Civitas, Madrid, 2001. Página 112.

Si bien, y pese a que el menor pueda coadyuvar a decidir si es factible la implementación de un determinado modelo de custodia, resulta aconsejable desoír su voluntad cuando dicha actuación no vaya en beneficio del propio menor.⁴¹⁴

A estos efectos la actuación del menor estará supeditada a sus condiciones de madurez, situación que vendrá reflejada principalmente por la edad del menor. En este sentido, será recomendable acudir al dictamen de especialistas en aras a determinar lo más beneficioso para el menor. Existiendo, así mismo, el riesgo de que el menor en sus manifestaciones pueda verse influenciado o sometido por la voluntad de sus progenitores, lo que a la postre impedirá discernir si la voluntad del menor se correspondía con sus deseos o con los de sus progenitores. Y en este sentido, la labor de los especialistas constituye un factor decisivo a la hora de valorar las opiniones y los deseos del menor.⁴¹⁵ Así pues, los dictámenes periciales que se emitan al efecto constituirán un argumento útil para descubrir la verdad material en un proceso de separación y divorcio en aras a precautelar el favor filii.

4.1.5 La Técnica de la tópica jurídica de Wiehweg⁴¹⁶

La técnica de la tópica jurídica consiste en puntos de vista que permiten la formulación de premisas orientadas a solucionar el problema, debiendo, no obstante, adecuar dicha interpretación al ámbito jurídico en aras a promover la satisfacción del interés del menor.⁴¹⁷

En este sentido, se ha sostenido que, los tópicos son una serie de argumentos aceptados entre los juristas, bien en sí mismos, bien en su aplicación al caso concreto y son muy diversos: principios del derecho, precedentes, postulados de justicia, normas jurídicas.....⁴¹⁸

⁴¹⁴ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 92 y 98-99.

⁴¹⁵ SALANOVA VILLANUEVA M. “*Aproximación al derecho de visita.*” *Op. Cit.*, Página 512. <<La labor de estos profesionales será crucial a la hora de interpretar correctamente un elemento de juicio de esencial trascendencia en la decisión del Juez: las manifestaciones del propio menor.”

⁴¹⁶ WIEHWEG T. “*Tópica y jurisprudencia.*” Edit. Taurus, Madrid, 1964. Páginas 49, y 121-124.

⁴¹⁷ GARCÍA AMADO J. A. “*Teorías de la tópica jurídica.*” Edit. Civitas, Madrid, 1988. Páginas 119-121. <<El término tópica viene del vocablo “topoi” que son puntos de vista que permiten formular premisas para solucionar el problema. >>

⁴¹⁸ ITURRALDE SESMA V. “*Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial.*” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Página 22.

Así pues, esta técnica propugna que la argumentación jurídica deberá ser valorada a partir de las características intrínsecas de cada supuesto de hecho particular. La labor de interpretación y valoración de un concepto indeterminado, en nuestro caso, el interés del menor, requerirá de la formulación de criterios que se adecuen a una situación concreta.

Se ha valorado esta técnica por parte de un sector doctrinal,⁴¹⁹ por entender que se adapta a la actividad jurídica de aplicar normas y conceptos indeterminados, que requieren de una labor de interpretación y valoración de la periferia del concepto y de la comprobación empírica de la situación fáctica.

No obstante, también se ha objetado la utilidad de la tópica por entender que de un modo funcional, brinda una orientación que sirve de guía al pensamiento y que solamente permite obtener conclusiones cortas.⁴²⁰

A nuestro juicio, la técnica de la tópica jurídica proporciona mayores elementos de razonamiento que coadyuvan en la concreción del interés del menor previa aproximación casuística. Si bien, esta técnica debiera estar completada por el método dynamic self-determinism que promueve la participación directa del menor en la determinación de su propio interés. En esta línea, la argumentación jurídica se erige en un factor decisivo para resolver una situación concreta, así, en nuestro caso particular, mediante la utilización de premisas adecuadas a la normativa vigente se determinará si es o no factible la implementación de un determinado régimen de custodia.

⁴¹⁹ RIVERO HERNÁNDEZ F. *“El interés del menor.” Op. Cit.*, Página 82.

⁴²⁰ ATIENZA M. *“Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica.”* Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991. Página 54.

5. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

En principio, el texto constitucional de 1978 comprende la protección de la persona como tal, siendo escasas en su articulado las referencias a la infancia.⁴²¹ De manera genérica el menor es titular de los derechos comprendidos en el Título I, desde el artículo 10 hasta el artículo 52 CE, por el simple hecho de ser persona.⁴²²

Así pues, el artículo 10.1 CE prevé el libre desarrollo de la personalidad conjuntamente a la dignidad de la persona y los derechos inviolables del ser humano como fundamentos del orden político y de la paz social. En este sentido, se ha concebido el libre desarrollo de la personalidad como un punto de arranque, como un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, de ahí que consecuentemente, los derechos del menor, y particularmente la satisfacción de sus intereses deban ser considerados a partir de su formación personal.⁴²³

Así mismo, el artículo 20 CE señala en el punto 4 con relación al reconocimiento del derecho de expresión que: *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia.”* Se desprende así del precepto, que el menor de edad ostenta una protección especial en lo que concierne al derecho de expresión,

⁴²¹ ÁLVAREZ VÉLEZ M^a I. *“La protección de los derechos del niño...”* Op. Cit., Página 137. <<La Constitución de 1978 incluye una extensa tabla de derechos y libertades. Las referencias que encontramos en ella a los derechos de la infancia son, sin embargo, escasas. Tanto, que consideramos que, con la única excepción del derecho a la educación, los niños constituyen más bien un objeto de protección constitucional. >>

⁴²² ÁLVAREZ VÉLEZ M^a. I. *ul. loc. cit.* <<Los ordenamiento reconocen a cualquier persona la capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, aun cuando se encuentre incapacitado para obrar por sí mismo, como es el caso de los menores de edad. Por nuestra parte entendemos que el niño es titular, y por tanto, sujeto de todos los derechos del Título I de la Constitución, salvo de aquellos derechos, que por su naturaleza excluyen tal posibilidad, al estar expresamente establecido un titular distinto y concreto. Así, carece del derecho de sufragio, para cuyo ejercicio queda exigido como requisito previo tener la mayoría de edad, también carece del derecho al trabajo, para el que se necesita también una edad determinada..... Por el contrario, en todos aquellos derechos en que la CE emplea el término “todos”, son derechos de los que el niño es titular en cuanto que es persona. >>

⁴²³ GARRIDO FALLA F. *“Comentarios a la Constitución.”* Edit. Civitas, Madrid, 1985. 2ª Edición. Página 186. <<El libre desarrollo de la personalidad tiene como fundamento la libertad individual de cada persona y está orientado al desarrollo de sus potencialidades psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales con el objeto de convertirse en un miembro activo dentro de una sociedad determinada, con la particularidad de que el ejercicio de estas cualidades se encuentran limitadas por el respeto a la Ley y a los derechos de las demás personas que integran la sociedad. >>

libertad de expresión que, no obstante, estará condicionada por el respeto y protección de los valores intrínsecos e inherentes a toda persona.

De otro lado, en lo que concierne a los fines de la educación como derecho fundamental el artículo 27 CE establece que: *“Todos tienen derecho a la educación y que ésta tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana bajo el marco del respeto de los Derechos Humanos, además, que los poderes públicos deben garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral de acuerdo a sus creencias.”*⁴²⁴ Conforme a dicho precepto, se pretende la consecución del desarrollo progresivo de la personalidad del menor en base a dotarle de una adecuada formación que le facilite las oportunidades para lograr ese desarrollo. Debiendo ser los progenitores quienes han de brindar a los menores la orientación adecuada y necesaria durante la infancia y posterior adolescencia para la culminación de dicha formación, siendo conscientes, no obstante, de que en el ámbito educativo confluirán los intereses y derechos de los alumnos, padres, profesores, titulares de centros y de los poderes públicos, todos ellos con posibilidades reales de conflicto. En cualquier caso, cuanto mayor sea el nivel de educación mayores probabilidades existirán de que los derechos de los menores sean respetados debiendo promoverse, a este respecto, que dicha actitud de respeto hacia los derechos de los menores de edad se implemente en todos los actores sociales que forman parte de un Estado.

Así pues, en relación con el progresivo ejercicio de los derechos que debe realizar el menor para promover su autonomía, el artículo 48 CE señala que: *“Los poderes públicos promoverán las condiciones para la intervención libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.”* Se pretende garantizar con ello que los jóvenes no se hallen minusvalorados entre las personas mayores de edad a la hora de tomar parte en las actividades de la colectividad.⁴²⁵

⁴²⁴ ÁLVAREZ VALÉZ M^a I. *“La protección de los derechos del niño....”* Op. Cit., Página 138. <<El derecho a la educación garantizado en el artículo 27 CE, incluye el ámbito de la infancia, y en él se recoge, como objetivo de la misma, el pleno desarrollo de la personalidad humana, así como el derecho de los padres de elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que crean adecuada. >>

⁴²⁵ ALZAGA VILLAMIL O. *“La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático).”* Edit. Del Foro, Madrid, 1978. Página 334.

El artículo 39 CE prevé que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos, señalándose expresamente que: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

4. *Los poderes públicos aseguran, así mismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.*
5. *Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*
6. *Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.”*

Así pues, dicho precepto establece una norma de carácter tuitivo que de forma general garantiza la protección social, económica y jurídica de la familia por parte de los estamentos públicos. A estos efectos, se ha sostenido que el interés superior del menor como criterio rector de protección del menor se materializa en el artículo 39. 4 CE.⁴²⁶

Del articulado de la Carta Magna se desprende que si bien el interés del menor no se haya previsto expresamente, éste subyace en toda la legislación. No obstante, hubiera sido preferible que el texto constitucional contuviera los preceptos relativos a la protección del menor de edad de forma concentrada en un capítulo concreto a efectos de su mayor receptividad y eficacia.

En este orden de cosas, las leyes que regulan instituciones y derechos que afectan a menores vienen a constituir el estatuto jurídico del menor en orden a su protección como persona menor de edad y a la prevalencia de su interés⁴²⁷. El interés superior del menor constituye un principio general informante de nuestro Ordenamiento Jurídico, y

⁴²⁶ MALUQUER DE MOTES Y BERNET C. J. “Medidas jurídicas de protección del menor en nuestro derecho.” En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) “Explotación y protección jurídica de la infancia.” Edit. Cedecs, Barcelona, 1998. Página 154.

⁴²⁷ STC 141/ 2000, de 29 de mayo (rec.4233/ 1996) (LA LEY 8805/ 2000) se refiere a él como <<estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional>>

a este respecto, el TC ha venido a sostener en Auto 28/ 2001, de 1 de febrero ⁴²⁸(LA LEY 27257/ 2001) <<tanto la L. O. 1/ 1996 como los textos internacionales sobre esta materia, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, con expreso apoyo en el artículo 39.4 de la Constitución han elevado el interés del menor en norma de orden público, y por consiguiente de insoslayable observancia en el Ordenamiento jurídico español>> En términos similares, También el TS en sentencia Nº26, de 5 de febrero de 2013⁴²⁹ (rec.1440/ 2010) (LA LEY 974/ 2013) señalaba que: *”En línea con lo dispuesto en los Acuerdos Internacionales, cabe señalar una tendencia por mejorar la protección del menor junto a un mayor protagonismo de actuación por él mismo, que claramente informa la redacción tanto de la Convención de los Derechos del niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, como de la Carta Europea de los Derechos del niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0172/ 92 (DOCE nº 241, 21 de septiembre de 1992)*

*Heredera de este marco internacional, la LO 1/ 1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, profundiza en esta tendencia hacia el desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de los derechos por el menor contemplando, entre otros extremos, la primacía del interés superior del menor frente a cualquier otro legítimo que pudiera concurrir, junto a la interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores (Artículo 2); sin perjuicio del reforzamiento de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (Artículo 4); o del reconocimiento expreso del derecho a ser oído (Artículo 9)”*⁴³⁰

⁴²⁸ Auto del TC 28/ 2001, de 1 de febrero (LA LEY 27257/ 2001) en el que se inadmitió a trámite el recurso de amparo 5258/ 2000, promovido por la Junta de Castilla y León.

⁴²⁹ STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (rec.1440/ 2010) (LA LEY 974/ 2013) en la que se plantea la posible nulidad de la denominada “práctica de contratación” respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador de fútbol mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo propiamente dicho. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda de reclamación de indemnización por aplicación de cláusula penal contenida en el precontrato de trabajo escrito, condenando al demandado al pago de 500.000 euros. La AP de Barcelona revocó parcialmente la sentencia de Primera Instancia en el sentido de condenar al demandado a pagar 3.489.000 euros. El TS declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, casa y anula la sentencia de apelación y, dicta otra en su lugar declarando la nulidad del precontrato de trabajo y de la cláusula penal prevista en el mismo.

⁴³⁰ www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-24/dossier16.pdf?sfursn=2 “La Protección de la Infancia en las Constituciones de los países de la UE”. **Alemania:** Ley Fundamental de la República

Desde el ámbito normativo también parecen aportarse componentes que permiten dotar de un cierto contenido material al genérico concepto del interés del menor.⁴³¹ En esta línea, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/ 1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del menor (BOE Nº15, 17 de enero de 1996) establece que: “ *El Ordenamiento Jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro*”; de igual modo, el artículo 2.1 de la misma Ley establece “*En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores*”

El interés del menor aparece hoy arraigado como criterio rector del derecho de familia, pudiendo destacar numerosos preceptos del CC donde se alude al interés superior del niño (artículos 92, 154, 156, 159, 161, 170, 172.4, 176.1, 180.2, 216, 224 CC)

A nuestro juicio, estos derechos vienen a evidenciar que las trasformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño, dándose un nuevo enfoque a la estructura del derecho a la protección de la infancia que reconoce plenamente la titularidad de los derechos en los menores de

Federal Alemana de 1949. Artículo 6.2 << El cuidado y educación de los niños constituye un derecho natural de los padres así como un deber que a ellos corresponde primordialmente. La Comunidad del Estado vigila su cumplimiento. >>

Francia: Constitución de 27 de octubre de 1946. Preámbulo: <<La Nación garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio.....>>

Italia: Constitución de 1947. Título II “Relaciones ético- sociales” Artículo 31: << La República facilita, con medidas económicas y otros medios, la formación de la familia y el cumplimiento de sus fines. Protege la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo las instituciones necesarias para este fin. >>

⁴³¹ BAHCS ESTANY J.M. “*La actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico.*” En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) “Explotación y protección jurídica de la infancia.” Edit. Cedecs, Barcelona, 1998. Página 144. <<Refiriéndonos a la legislación española podemos observar que, hasta el momento, no existe una uniformidad de criterio, respecto a la mejor forma de protección de los menores de edad, no sólo en las normas sustantivas, sino también en las procesales. >>

edad y su capacidad progresiva para ejercerlos. Y en este sentido, la revalorización de la infancia ha emergido como reflejo de la general potenciación de los valores individuales de la persona, que respecto de los menores presenta como peculiaridad determinada, el hecho de integrar la personalidad individual en una de las fases más esenciales de su desarrollo. En esta línea, la L.O 1/ 1996 recoge los derechos de los menores en el marco de la actual cultura jurídica y social de los derechos e intereses del menor, materializada en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre 1989 de las Naciones Unidas, y en el principio constitucional de protección integral del menor del artículo 39.2 de nuestra CE, cuyas previsiones cobran efectividad con las leyes de protección, las cuales han venido a reglamentar las relaciones familiares y a imponer a los padres y a otros responsables del menor la obligación de respetar sus derechos, además de incluir una tendencia hacia la responsabilidad pública en la defensa de los derechos e intereses de los menores. Este principio de responsabilidad pública ha determinado el establecimiento de la protección del menor (como responsabilidad subsidiaria del Estado) y de sus derechos, frente a cualquier situación de grave perjuicio, abuso, sufrimiento, explotación, que le impida o vaya a impedirle llevar una vida digna.

De otra parte, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor ha sido también objeto de diversas críticas desde su promulgación. Sosteniéndose que dicha Ley se caracteriza por presentar ambigüedades y dar la apariencia de ser un postulado de principios, sin soluciones concretas, ni características propias al ser una reminiscencia de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.⁴³²

Frente a ello se ha sostenido, sin embargo que, el objetivo de la Ley era inducir a la sociedad a adoptar una nueva mentalidad ante el menor, subrayándose que la mayoría de los preceptos de la Ley tienen mucho de aprovechable, constituyendo el eje fundamental de la misma el interés superior del menor.⁴³³

⁴³² Siguiendo a GULLÓN BALLESTEROS A. “Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.” *En la Ley*, XVIII, núm. 3970, febrero de 1996, Tomo I. Páginas 1690-1693.

⁴³³ ALONSO PÉREZ M. “La situación jurídica del menor en la Ley Orgánica 1/1996...” *Op. Cit.*, Página 23.

Posteriormente ha sido aprobada la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Según declara la Exposición de motivos de la Ley 26/2015, *“la norma tiene por objeto introducir los cambios necesarios en la legislación española de protección a la infancia y a la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación en la materia”*.

Entre las modificaciones que recoge esta ley podemos destacar:

-Se reconoce a los menores como titulares de derechos y deberes. En este sentido, la Ley ha introducido un Capítulo III en la LOPJM, en cuyo Título II bajo la rúbrica “Deberes del menor” introduce cuatro artículos en los que se regulan los derechos de los menores en general, y en los ámbitos familiar, escolar y social en particular.⁴³⁴

⁴³⁴<<Artículo 9 bis. Deberes de los menores. 1. Los menores, de acuerdo a su edad y madurez, deberán asumir y cumplir los deberes, obligaciones y responsabilidades inherentes o consecuentes a la titularidad y al ejercicio de los derechos que tienen reconocidos en todos los ámbitos de la vida, tanto familiar, escolar como social. 2. Los poderes públicos promoverán la realización de acciones dirigidas a fomentar el conocimiento y cumplimiento de los deberes y responsabilidades de los menores en condiciones de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

Artículo 9 ter. Deberes relativos al ámbito familiar. 1. Los menores deben participar en la vida familiar respetando a sus progenitores y hermanos así como a otros familiares. 2. Los menores deben participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar y en la realización de las tareas domésticas de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía personal y capacidad, y con independencia de su sexo.

Artículo 9 quáter. Deberes relativos al ámbito escolar. 1. Los menores deben respetar las normas de convivencia de los centros educativos, estudiar durante las etapas de enseñanza obligatoria y tener una actitud positiva de aprendizaje durante todo el proceso formativo. 2. Los menores tienen que respetar a los profesores y otros empleados de los centros escolares, así como al resto de sus compañeros, evitando situaciones de conflicto y acoso escolar en cualquiera de sus formas, incluyendo el ciberacoso. 3. A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Artículo 9 quinquies. Deberes relativos al ámbito social. 1. Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven. 2. Los deberes sociales incluyen, en particular: a) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social. b) Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad. c) Conservar y hacer un buen uso de los recursos e instalaciones y equipamientos públicos o privados, mobiliario urbano y cualesquiera otros en los que desarrollen su actividad. d) Respetar y conocer el medio ambiente y los animales, y colaborar en su conservación dentro de un desarrollo sostenible. >>

Se modifican los apartados 1, 3 y 4, y se introducen una nueva letra f) en el apartado 2 y un apartado 5 al artículo 10, que quedan redactados como sigue: «1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones Públicas, o a través de sus entidades colaboradoras, la información en formato accesible y asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos, así como a que se garantice su respeto.»

– Se refuerza la posición del menor frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de los menores, estableciendo el deber de toda persona que tuvieran noticia de un hecho que pudiera constituir un delito de este tipo de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. Se establece, además, como requisito para poder acceder a una profesión que implique contacto habitual con menores, no haber sido condenado por uno de estos delitos.

– Se crea el Registro Central de Delincuentes Sexuales que contendrá la identidad de los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos, o explotación de menores, e información sobre su perfil genético de ADN.

En otro orden de cosas, también la Ley del Registro Civil⁴³⁵ 20 / 2011, de 21 de julio (BOE Nº 175, de 22 de julio de 2011) señala en su artículo 11: *“Son derechos de las personas ante el Registro civil: i) El derecho a promover la inscripción de los hechos y actos dirigidos a la protección de los menores, personas con capacidad modificada judicialmente, personas con discapacidad y personas mayores”*

Y el Anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria de 31 de octubre de 2013 al regular la institución del acogimiento señalaba en su artículo 34. 2 párrafo segundo

2. (...) f) Presentar denuncias individuales al Comité de Derechos del Niño, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la normativa que la desarrolle.»

3. Los menores extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la educación, asistencia sanitaria y servicios y prestaciones sociales básicas, en las mismas condiciones que los menores españoles. Las Administraciones Públicas velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores extranjeros no acompañados, los que presenten necesidades de protección internacional, los menores con discapacidad y los que sean víctimas de abusos sexuales, explotación sexual, pornografía infantil, de trata o de tráfico de seres humanos, garantizando el cumplimiento de los derechos previstos en la ley. Los poderes públicos, en el diseño y elaboración de las políticas públicas, tendrán como objetivo lograr la plena integración de los menores extranjeros en la sociedad española, mientras permanezcan en el territorio del Estado español, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

4. Cuando la Entidad Pública asuma la tutela de un menor extranjero que se encuentre en España, la Administración General del Estado le facilitará, si no la tuviere, a la mayor celeridad, y junto con la presentación del certificado de tutela expedido por dicha Entidad Pública, la documentación acreditativa de su situación y la autorización de residencia, una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, y según lo dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

5. Respecto de los menores tutelados o guardados por las Entidades Públicas, el reconocimiento de su condición de asegurado en relación con la asistencia sanitaria se realizará de oficio, previa presentación de la certificación de su tutela o guarda expedida por la Entidad Pública, durante el periodo de duración de las mismas.»

⁴³⁵ Ley del Registro Civil 20/ 2011, de 21 de julio establece en el párrafo primero de su Disposición Final Décima:” La presente Ley entrará en vigor a los tres años de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, excepto la Disposición Adicional séptima y octava y las Disposiciones Finales tercera y sexta, que entrarán en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado”

que: *“Obtenidos los consentimientos, dictará la resolución que proceda en interés del menor”* Así mismo, al regular la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad, el artículo 61.2 disponía que: *“El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando el interés del menor, resolverá concediendo o denegando el beneficio de mayoría de edad.”*

Posteriormente ha sido aprobada la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE Nº 158, 3 de julio de 2015) en la que se van a recoger medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda. En concreto, el artículo 86 establece que: *“1. Se aplicarán las disposiciones de esta sección cuando el Juez deba intervenir en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad ejercitada conjuntamente por los progenitores. También serán de aplicación en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor.*

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del hijo. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores hubiera sido establecido por resolución judicial, será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que la hubiera dictado.

3. Están legitimados para promover este expediente ambos progenitores, individual o conjuntamente. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, también estarán legitimados sus progenitores y, a falta de éstos, su tutor.”

De igual modo, para los supuestos de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda el artículo 87 dispone que: *“1. Se aplicarán las disposiciones de esta Sección para adoptar medidas en relación al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda de menores o personas con capacidad modificada judicialmente o a la administración de sus bienes en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil. Y en concreto:*

a) Para la adopción de las medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil.

b) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ello, ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.

c) Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.

d) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los progenitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo.

2. Será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial.

3. Las medidas a que se refiere este Capítulo se adoptarán de oficio o a instancia del propio afectado, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal. Cuando se soliciten respecto de una persona con capacidad modificada judicialmente, podrán adoptarse asimismo a instancia de cualquier interesado.”

Sancionando en el artículo 88 que: “Si el Juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su

caso, haya de encargarse de la custodia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en los artículos 158 y 167 del Código Civil, y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial o un administrador.”

Así mismo, al amparo de la competencia legislativa civil que reconoce el art.149.1-8ª de la CE, algunas Comunidades Autónomas han asumido competencias en esta materia, reflejando en su articulado este principio jurídico del interés superior del menor, así la Ley 25 /2010 de 29 de julio que aprueba el Libro II del Código civil de Cataluña en su artículo 211-6.1⁴³⁶; la Ley vasca 3/ 2005, de 18 de febrero, de protección de menores en su artículo 4; la Ley foral de Navarra 15/ 2005, de 5 de diciembre, de protección a la infancia y la adolescencia en su artículo 3; la Ley 17/2006, de 13 de noviembre , del Parlamento balear, de protección de menores en su artículo 4; la Ley aragonesa 13/ 2006, de 27 de diciembre, de derecho de la persona en su artículo 2; la Ley aragonesa 2/ 2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres en su artículo 6.2; la Ley Gallega 3/ 2011, 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia.

El Libro II del Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia aprobado por Ley 25/ 2010, de 29 de julio (BOE Nº 203, 21 de agosto de 2010) establece en su artículo 236: *“La potestad constituye una función inexcusable y en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad.”* De igual modo, la Ley 3/ 2011, 30 de junio, de apoyo a la familia y a la convivencia de Galicia (BOE Nº 182, 30 de julio de 2011) establece en cuanto principio rector de la actuación de los poderes públicos de Galicia en el ejercicio de sus funciones de atención y protección a la infancia y la adolescencia, en su artículo 38:” *a) La primacía del interés de la o el menor sobre cualquier otro interés que inspire las actuaciones públicas o privadas de quien se encargue de su protección por legítimo que este fuera. Para la determinación de ese interés se atenderá en primer término a las necesidades y derechos de los niños, niñas y*

⁴³⁶ El artículo 211-6.1 de la Ley 25/ 2010, 29 de julio del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia sanciona que:” El interés superior del menor es el principio inspirador de cualquier decisión que le afecte.”

adolescentes, se tendrán en cuenta sus opiniones y deseos manifestados con juicio suficiente y se considerará su individualidad en el marco familiar y social.”

También, la Ley Orgánica 5/ 2000 de 12 de enero (BOE Nº11, 13 de enero 2000) reguladora de la responsabilidad penal de los menores, justifica en su Exposición de Motivos (8, in fine) *<<que en el procedimiento que prevé no exista acción particular de los perjudicados ni acción popular porque en estos casos(actos delictivos de menores) el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor>>* idea que va a impregnar todo el articulado de la Ley.(Artículos 6, 14.1, 23.1, 27.4 30.3)

Y la LEC 1/ 2000, de 7 de enero (BOE Nº 7, 8 de enero de 2000) además de en otras normas generales, toma en consideración el interés del menor en el régimen de los procesos especiales en su libro IV, en concreto, en sus artículos 2 y 11.2 establece *<<el interés del menor ha de primar sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir>>*⁴³⁷

En esta línea, el Anteproyecto de Ley Orgánica de actualización de la Legislación sobre Protección a la Infancia de 25 de abril de 2014 señalaba en su Exposición de motivos que *“Esta Ley tiene como objeto introducir los cambios jurídico- procesales necesarios que permitan la mejora de dichos instrumentos, a los efectos de continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, que sirva de modelo a las Comunidades Autónomas en el desarrollo de su respectiva legislación de protección de menores. Para ello procede a la modificación de las principales leyes que regulan instituciones jurídico- procesales para la protección de los menores: la citada Ley Orgánica de Protección Jurídica del menor, el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil.”*⁴³⁸

⁴³⁷ SAP de Madrid de 29-9-2006, Sección 22ª (rec.472/ 2006) (LA LEY 195846/ 2006) *“La controversia planteada debe encontrar respuesta bajo la inspiración del principio del favor filii que, consagrado en nuestro Ordenamiento jurídico por el artículo 39.2 de la CE, es desarrollado, de modo genérico por los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/ 1996”*

⁴³⁸ RIVERO HERNANDEZ F. *“El interés del menor.”* Edit. Dikynson, Madrid, 2007. Página 113. *<<Podemos extraer una lista de criterios concretados por la Law Commision que trabajó en la preparación de la Children Law Act de 1989 que han sido utilizados por los Tribunales británicos en los procesos en los que se han visto implicados menores, así como para la elaboración de acuerdos jurídicos en temas de asignación de guarda y custodia de aquellos. Así los criterios a tener en cuenta serán: Los deseos y sentimientos del niño considerados a la luz de su edad y discernimiento; sus necesidades físicas,*

En congruencia con todo lo anterior, y como se señala en la Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de Actualización de la Legislación sobre Protección de la Infancia de 25 de abril de 2014:” *A raíz de las conclusiones y recomendaciones, tanto de la Comisión Especial del Senado como del Comité de Derechos del Niño, se establece la necesidad de definir el interés superior del menor de manera que deje de ser un concepto jurídico indeterminado y permita una interpretación más homogénea por parte de Jueces y Tribunales, introduciéndose criterios básicos para su determinación.*”

Más recientemente, el Proyecto de Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados de 27 de febrero de 2015, siguiendo la jurisprudencia establecida en las Sentencias del TS ⁴³⁹, y del TC ⁴⁴⁰, e incorporando los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del niño, prevenía la modificación del artículo 2 de la LO 1/ 1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, estableciendo los criterios mínimos que deben ser tenidos en cuenta por los tribunales a la hora de concretar el interés del menor.

Finalmente ha sido promulgada la LO 8/2015, de 22 de julio (BOE Nº 175, 23 de julio) de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que ha modificado, entre otras, la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, dándose nueva redacción al artículo 2 de la misma: <<Artículo 2. *Interés superior del menor.*

1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el

educativas y emocionales; el efecto probable de cualquier cambio de situación del menor, valorándose a estos efectos, la incidencia que pueda tener para el menor el cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quienes se relacione, considerándose más beneficioso, salvo necesidad, la menor variación posible en el status quo del menor; su edad, sexo y ambiente, así como cualquier otra característica suya que el Tribunal considere relevante; el maltrato físico o psíquico que haya padecido o pueda padecer el menor; así como los peligros para la salud o el desarrollo del menor que se deriven de la conducta inapropiada o perniciosa de uno u ambos progenitores; la capacidad de cada progenitor para satisfacer las necesidades del menor. Esta lista no es exhaustiva, si no de mínimos, pues e ocasiones se han tomado en consideración otros factores tales como la situación financiera de la familia. >>

⁴³⁹ Entre otras STS de 7 de abril de 2011(rec.1580/ 2008) (LA LEY 14425/ 2011) y STS de 5 de febrero de 2013 (rec.1440/ 2010) (LA LEY 974/ 2013) <<El interés superior del menor se va a erigir como interés preferente en caso de conflicto. >>

⁴⁴⁰ STC 141/ 2000, de 29 de mayo (rec.4233/ 1996) (LA LEY 8805/ 2000) “La normativa relativa al interés del menor tiene característica de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los Jueces y Tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, calificándolo de <<Estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional>>

ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primara el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

5. Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos.»

La LO 8/2015, de 22 de julio, ha modificado el artículo 2 LO 1/1996, a fin de integrar de contenidos concretos el concepto legal de interés del menor en un intento de paliar la imprecisa, vaga e indeterminada conceptualización del favor filii, que en poco viene a contribuir a los fines de protección del menor.

Así mismo, Ley 26/2015 realiza una profunda reforma del sistema de protección de menores, 20 años después de la aprobación de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. La reforma está integrada dentro del sistema de protección a la infancia en España y se realiza por una parte, desde una Ley Orgánica, dado que afecta a derechos

fundamentales y libertades públicas (Ley Orgánica 8/2015) y por otra parte, con la Ley 26/2015, que afecta a varias normativas sustanciales, la Ley de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional y la Ley de Enjuiciamiento Civil. La voluntad del legislador en cuanto al objetivo de la reforma es, por tanto, adaptar los instrumentos de protección de menores a los cambios sociales, en aras del cumplimiento efectivo del art. 39 CE y los instrumentos internacionales ratificados por España.

EL legislador ha aprobado así un marco jurídico de intensa protección hacia los menores, bien modificando preceptos existentes, bien introduciendo nuevos títulos que vienen a conformar un nuevo conjunto normativo.⁴⁴¹ Se pretende desarrollar y reforzar el derecho del menor a que su interés sea prioritario, dotando no solo de contenido al concepto, sino destacando su importancia en cuanto derecho sustantivo, en cuanto principio general de carácter interpretativo y en cuanto norma procedimental.

⁴⁴¹ DE LA IGLESIA MONJE M. I. *“Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés.”* Diario La Ley, Nº 8590, Sección Documento on-line, 24 de julio de 2015, Ref. D-301, Editorial LA LEY (LA LEY 5021/ 2015)

6.EL INTERÉS DEL MENOR EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES DE GUARDA Y CUSTODIA

La realización del interés del menor se ha convertido, por tanto, en una forma específica de su protección y de cumplimiento del mandato de optimización del artículo 39.2 de la CE, siendo, al mismo tiempo, un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo. El interés superior del niño habrá de servir como criterio orientador de las políticas públicas, y como garantía de la efectividad de los derechos de los niños, tendentes al desarrollo integral y a la protección de la persona menor de edad, así como un instrumento jurídico, que permita alcanzar el bienestar del niño, esto es, la creación de las condiciones que hayan de permitir el mayor bienestar material y espiritual posible de los menores.

En la determinación del interés del menor en la custodia compartida en situaciones de separación o divorcio se debe analizar también, si debe prevalecer el interés moral, que consistirá en la satisfacción de las necesidades espirituales y afectivas, o debe preponderarse el interés material, que se refiere al bienestar económico de los menores. Un sector doctrinal ha afirmado que se debe atender con preponderancia al ámbito espiritual sobre el material.⁴⁴² En este sentido, se valora como primordial para la concreción del interés del menor, la estabilidad emocional y el bienestar psicológico del menor para que exista integración en la nueva estructura familiar.

A nuestro juicio, habrán de promoverse la interrelación entre ambas esferas, material y espiritual, y debiendo tomarse, así mismo, en consideración, otros parámetros dado que la determinación del interés del menor dependerá también en buena medida del ámbito espacial y material en el que haya tenido lugar la crisis familiar.⁴⁴³

⁴⁴² RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El interés del menor.*” *Op. Cit.*, Página 197. En el mismo sentido, SALAZAR BORT S. “*La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El Interés protegido.*” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. Página 66. <<Debe prevalecer el interés espiritual sobre el material, por cuanto este último es secundario. >>

⁴⁴³ DIÉZ- PICAZO L. “*Familia y Derecho.*” Edit. Civitas, Madrid, 2004. Página 176. <<En lo que concierne a la posesión de riquezas materiales o disfrute de bienes espirituales, las dos esferas deben equilibrarse. >> Así pues, a nuestro juicio, en una situación de crisis matrimonial, la custodia compartida

A este respecto, y como venimos observando, para ello es preciso la concreción del contenido del interés del menor, que no podrá materializarse en modo alguno sin la previa observancia de las necesidades vitales, personales y materiales indispensables para el equilibrado desarrollo de la propia personalidad del menor de edad. A este respecto, la STS 200/2014, de 25 de abril de 2014 (rec.2983/2012) entiende que la custodia compartida exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos.

Así pues, en materia de guarda y custodia de menores el interés del menor constituye el límite y eje vertebrador de la propia institución de guarda y custodia, así como de su operatividad y eficacia.⁴⁴⁴

La determinación judicial sobre el interés del menor se ha sustentado sobre diversas teorías tales como el constructivismo jurídico,⁴⁴⁵ el formalismo jurídico,⁴⁴⁶ el realismo jurídico,⁴⁴⁷ el pragmatismo jurídico,⁴⁴⁸ o la argumentación jurídica.⁴⁴⁹ En este sentido,

se presenta como una alternativa para concatenar el interés moral y material del menor con relación a los progenitores dado que, el menor conservará una relación estable, amplia y periódica con ambos progenitores, lo que equivaldrá a preservar su interés moral. De otro lado, los progenitores en el régimen de custodia compartida deberán satisfacer directamente el interés material del menor, por cuanto el régimen de asignación de pensión alimenticia será distinto al previsto en una custodia monoparental.

⁴⁴⁴ PEREZ SALAZ RESANO M. “*La guarda y custodia compartida y su incidencia en la pensión alimenticia.*” *Diario La Ley. Número 12967, de 29 de junio de 2009.* << No cabe duda que el interés de los hijos queda mejor protegido a través de un contacto frecuente con sus dos padres, por tanto, es importante ir más allá de la terminología legal, que sin embargo, si tiene importancia porque de ella derivan otras medidas, como la pensión de alimentos o la atribución de derecho de uso de la vivienda familiar y su duración. >>

⁴⁴⁵ MARTÍNEZ GARCÍA J. I. “*La imaginación jurídica.*” Edit. Debate, Madrid, 1992. Página 21-34. <<El constructivismo jurídico se fundamenta en una realidad comprendida por los antecedentes jurisprudenciales y por los sujetos que son parte de un determinado contexto con conocimiento de ese ámbito espacial y temporal de aplicación, con el aditamento de que esa realidad es jurídica, y de que la construcción tiene una connotación productora del derecho relevante, pues, no se limita a ejercer un plan limitado al espectro reproductor, sino que el derecho decide que realidad existe jurídicamente. >>

⁴⁴⁶ ITURRALDE SESMA V. “*Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial.*” *Op. Cit.*, Página 18. <<En el formalismo la interpretación es una actividad de tipo cognoscitivo: interpretar es comprobar el significado objetivo de los textos normativos y/o la intención subjetiva de sus autores. De ello podemos deducir que esta teoría se fundamenta en que las resoluciones judiciales deben decidirse de acuerdo a derecho, es decir, de acuerdo a la normativa vigente. En un proceso de separación o divorcio, el interés del menor debe concretarse a través de la implementación de custodia compartida o monoparental respectivamente. >>

⁴⁴⁷ HESSEN J. “*Teoría del conocimiento.*” Edit. Orbe, Santiago de Chile, 1979. Páginas 73-80. <<En el realismo jurídico tiene preponderancia la voluntad del juez en la determinación judicial, en ese sentido, las normas adoptan un carácter secundario. >> Discrepamos de esta teoría dado que la voluntad del Juez debe ajustarse al ordenamiento jurídico, así pues, la voluntad externa de la autoridad judicial tiene que

se ha sostenido que las teorías jurídicas tienen un proceso de experimentación para formar su experiencia, con la particularidad de que utilizan para ello la realidad social y el tiempo histórico, con lo que la sociedad civil se constituye en el objeto de estudio de este proceso.⁴⁵⁰ A nuestro juicio, más que adscribirnos a una teoría, creemos más adecuado respetar el ordenamiento vigente, y a estos efectos suscribimos las palabras de Díez-Picazo⁴⁵¹ cuando afirma que “las normas son las guías que nos conducen a superar los eventuales conflictos de intereses que se puedan presentar.”

Así pues, las normas preexistentes constituyen un marco abierto a varias posibilidades que el Juez habrá de llenar mediante “la decisión” por una de ellas.⁴⁵² En lo que interesa al objeto de nuestro estudio, la autoridad judicial habrá de decidir si la implementación de la custodia compartida conlleva a la determinación del interés del menor. El juez habrá de deducir de las reglas del derecho positivo la solución de un caso específico, y en este sentido, las causas deben dilucidarse mediante la utilización de pautas y reglas contenidas en el orden jurídico,⁴⁵³ debiendo valerse, a estos efectos, del apoyo de especialistas que complementarán su formación.⁴⁵⁴

Así, se ha sostenido que la autoridad judicial no ha de limitarse a realizar una aplicación jurídico –formal, sino que podrá utilizar criterios de interpretación amplios, con ayuda de la equidad y de componentes extrajurídicos, adecuados, en todo caso, a

enmarcarse de acuerdo con la figura jurídica que se analiza y su correspondiente regulación en el Derecho positivo.

⁴⁴⁸ DWORKIN R. “*El imperio de la justicia*.” Edit. Gedisa, Barcelona, 1988. Páginas 15-21. <<Los jueces en la dilucidación de un caso concreto deben optar por cualquier método que sea útil en una situación dada, es así que prevalece la visión que tenga el juez ante la realidad de los hechos. >>

⁴⁴⁹ CAPELLA J. R. “*Elementos de análisis jurídico*.” Edit. Trotta, Madrid, 1999. Página 17. <<La argumentación desde un enfoque intelectual, no busca encontrar la verdad, sino que pretende convencer a través del razonamiento, en el supuesto de que el destinatario de nuestro objetivo no pueda comprobar la verdad o falsedad de una afirmación. >>

⁴⁵⁰ SOLER S. “*Interpretación de la Ley*.” Edit. Ariel, Barcelona, 1962. Página 2.

⁴⁵¹ Díez-PICAZO L. “*Experiencias jurídicas y teoría del derecho*.” *Op. Cit.*, Página 8.

⁴⁵² RUÍZ MANERO J. “*Jurisdicción y normas*.” Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990. Página 21.

⁴⁵³ CARRIÓ GENARO R. “*Dworkin y el positivismo jurídico*.” Edit. Madero, México, 1981. Páginas 10-11.

⁴⁵⁴ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “*Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos...*” *Op. Cit.*, Página 37. <<A veces creemos saber cuál es el bien del menor, aplicando unos criterios estereotipados, olvidando que aunque los seres humanos obedecemos, comúnmente a unas reglas generales, también constituimos una individualidad irrepetible y singular. Lo que es bueno para uno puede no serlo para otro, y viceversa. Lo esencial es que seamos conscientes de que ese beneficio, a veces, es de difícil conocimiento y determinación, porque, sabiendo su dificultad, quizás nos apliquemos con conciencia y atención a su descubrimiento en cada caso particular, mejorando nuestra formación para conocerlo acudiendo en nuestra ayuda a los auxilios expertos para encontrarlos. >>

la regulación jurídica existente.⁴⁵⁵ En esta línea, se ha afirmado que, en lo concerniente a la valoración judicial del interés del menor, la autoridad judicial podrá ser discrecional más no arbitraria, siempre que dicha discrecionalidad se halle orientada a proteger los derechos de los menores, evitándose perjuicios en el ámbito espiritual y material del menor.⁴⁵⁶ Entendiéndose por discrecionalidad, la libertad de elección entre varias semejantes consideradas equitativas.⁴⁵⁷

A estos efectos, se ha sostenido que si los progenitores han consensuado un régimen de custodia en interés del menor, el Juez únicamente deberá intervenir para verificar que efectivamente se ha acordado lo más conveniente. Debiendo regir el principio de mínima intervención a fin de no afectar a la autonomía que tienen los progenitores en el ejercicio de la patria potestad, precautelando, en todo caso, el interés del menor.⁴⁵⁸

A nuestro juicio, en la concreción del interés del menor en una situación de crisis familiar, la discrecionalidad de la actuación de la autoridad judicial deberá limitarse de conformidad a la normativa vigente a la elección correcta de la modalidad de custodia. Si bien en la determinación de la modalidad de custodia a implementarse, resulta complejo demostrar lo acertado de la decisión adoptada, y en este sentido, se habrá de fundamentar dicha decisión, razonándose que ha sido consecuencia de la ponderación y del balance racional de los intereses en disputa.

⁴⁵⁵ LÁZARO GONZÁLEZ I. *“Los menores en el Derecho Español- Práctica jurídica.” Op. Cit.*, Página 118.

⁴⁵⁶ ITURRALDE SESMA V. *“Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial.” Op. Cit.*, Página 26. <<La aplicación del derecho es, en mayor o menor medida y por razones a los ordenamientos jurídicos, discrecional, pero no debe ser arbitraria. >>

⁴⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R. *“Curso de Derecho administrativo I.” Op. Cit.*, Página 447. <<Los conceptos jurídicos indeterminados, en cualquier sector del ordenamiento jurídico, permiten solamente una solución justa, en cambio, el ejercicio de una potestad discrecional permite una pluralidad de alternativas consideradas como justas. >>

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ N. *“El menor en las situaciones de crisis familiar: La atribución de sus guarda y custodia.”* En MARTÍNEZ GALLEGÓ E. M^a. (Coords.) *“Menores: Instituciones de protección y responsabilidad.”* Edit. Fundación Diagrama, Murcia, 2004. Página 131. <<El Juez deberá tratar de averiguarlo en cada uno de los casos respecto a los que haya de tomar una decisión, decisión, por otra parte sumamente ardua si tenemos en cuenta, tanto la dificultad que supone, precisamente saber qué es lo mejor para el hijo, como la trascendencia que una decisión de ese tipo puede tener para su desarrollo personal. >>

⁴⁵⁸ LÁZARO GONZÁLEZ I. *“Los menores en el Derecho Español-Práctica jurídica.” Op. Cit.*, Página 118.

Corresponde así a la autoridad judicial la concretización de ese principio del favor filii en las resoluciones emergentes de los procesos de separación y divorcio que incumben principalmente al menor con referencia a la custodia.⁴⁵⁹

En este sentido, la STS 7/ 2014, de 21 de julio de 2014 (rec.3/ 2014)⁴⁶⁰ estableció de forma contundente que: <<*En materia de protección de menores nos encontramos en un ámbito en el que rige el principio rector de primacía de la protección del interés superior del menor, que tienen que garantizar en última instancia los Jueces y Tribunales de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes.* >>

Destacar, así mismo, que la determinación judicial sobre el interés del menor no concluye con la asignación de la custodia, sino que habrá de realizarse un seguimiento periódico de la ejecución de la resolución por parte de los equipos psicoasistenciales adscritos a los juzgados.

⁴⁵⁹ GUILARTE MARTÍN- CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 147.

⁴⁶⁰ STS 7/ 2014, de 21 de julio de 2014 (rec.3/ 2014) (LA LEY 108111/ 2014) En el conflicto de Jurisdicción suscitado entre el Gobierno de Cantabria y el Juzgado de Primera Instancia de Santander, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción del Tribunal Supremo declaró que la jurisdicción sobre la que versa el conflicto suscitado competía al juzgado de Primera Instancia de Santander.

CAPITULO V

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Los motivos que pueden ser aducidos por los progenitores para instar un procedimiento de cambio de guarda y custodia son muy variados. Así mismo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 CC, las medidas que el Juez adopte, en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. No obstante, la modificación de dichas medidas precisará de la concurrencia de determinados requisitos, a saber:

- Un cambio objetivo en la situación contemplada al tiempo de establecer la medida que se pretende modificar. Han de tratarse, por tanto, de nuevos hechos inexistentes al tiempo de ser aprobado el convenio regulador o dictada la sentencia de separación o divorcio.
- Que dicho cambio tenga la suficiente entidad por considerar que afecta a la esencia de la medida y no a factores meramente accesorios o periféricos en relación a la situación de equilibrio que se configuró en un principio. Entidad suficiente como para que, de mantenerse lo acordado, pueda derivarse un grave perjuicio, bien para alguno de los progenitores, o bien para los hijos comunes.
- Que la alteración manifestada tenga características de permanencia en el tiempo, y no de mera alteración coyuntural o episódica.
- Que el cambio manifestado haya sido imprevisible o imprevisto, no pudiendo haber sido contemplado por las partes para emitir su consentimiento. En caso contrario, se trataría de una mera revisión de lo ya acordado, y no del ajuste de la regulación preestablecida a una situación fáctica que ha devenido distinta.

En todos los casos será necesaria la actividad probatoria del actor en aras a demostrar que las circunstancias o motivos alegados tienen efectos perniciosos para el menor o

que existe un riesgo de daño que únicamente podrá ser evitado con la modificación de las medidas adoptadas.⁴⁶¹

1.1 Conflictividad extrema entre los progenitores

La conflictividad entre los progenitores ha sido esgrimida por numerosas resoluciones judiciales⁴⁶² como causa que impedirá u obstaculizará en grado sumo la implementación del régimen de custodia compartida por ser este un factor incuestionablemente lesivo del interés del menor.

No obstante, la STS 96/2015, de 16 de febrero (rec.890/ 2014)⁴⁶³ señalaba en su fundamento de derecho sexto que: *“Las razones que se esgrimen para desaconsejar la custodia compartida, no constituyen fundamento suficiente para entender que la relación entre los progenitores sea de tal enfrentamiento que imposibilite un cauce de diálogo. “*

⁴⁶¹ Pese a la inexistencia de un numerus clausus de motivos alegados por un progenitor que insta un procedimiento de Modificación de Medidas, podemos señalar los más frecuentes: 1. Existen un grupo de motivos con ciertas connotaciones negativas y que afectan al progenitor custodio, tales como la conducta indigna o irregular del progenitor custodio (vida inmoral y desordenada, alcoholismo, drogodependencia...), o la falta de asistencia y educación a los hijos.

2.Existen otras causas que afectan al progenitor custodio pero que no son consideradas socialmente negativas, tales como el cambio de residencia por el progenitor custodio, nuevas circunstancias laborales, o la convivencia del progenitor custodio con una tercera persona.

3. Existen otras causas que son alegadas por el cónyuge que solicita la modificación de las medidas y que le afectarán a este último, como la cesación de la causa que motivó el que no se le atribuyese la modalidad de guarda (enfermedad psíquica superada...), o la legalización o reconocimiento de la modalidad de guarda que de hecho se haya ejerciendo

4. Existen, así mismo, otro grupo de causas tales como, el incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio, afecciones parapsicológicas o religiosas del progenitor custodio o el deseo de los menores de convivir con el otro progenitor.

⁴⁶² STS 370/2013, de 7 de junio de 2013 (rec.1128/ 2012) (LA LEY 65217/ 2013) En este caso se solicita por parte de uno de los progenitores un régimen de guarda y custodia compartida al amparo del artículo 92CC, de modo que los menores pudiesen residir con cada uno de ellos por un período de tres meses, concediéndose durante ese período al progenitor no custodio un amplio régimen de relación con los mismos. La Sentencia del TS negó la pertinencia de la aplicación del régimen de custodia compartida en razón del estado de animadversión de los progenitores que se traslucía de los datos obrantes en el procedimiento (mensajes de correo electrónico) en especial, la existencia de procedimientos penales, que con independencia de su resultado crean un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad, que directamente influirían de forma perniciosa en el desarrollo integral de los menores. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el progenitor paterno, confirmándose la atribución a favor de la madre de la guarda y custodia de los hijos menores.

⁴⁶³ STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.890/2014) (LA LEY 10275/ 2015) Las sentencias de instancia estimaron parcialmente la sentencia de divorcio, y entre otras medidas, atribuyeron a la madre la custodia del hijo menor. El TS estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el demandado y acordó la custodia compartida de ambos progenitores.

Así pues, en principio, el régimen de custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de sus personalidad. En este sentido, la protección del interés del menor será mayor cuanto mejor sea la relación de comunicación entre sus progenitores tras la separación o divorcio.

No obstante, debemos plantearnos si el sistema de custodia compartida exige un acuerdo sin fisuras, o bastará con una actitud razonable y eficiente de los progenitores en orden a favorecer el desarrollo emocional del menor, así como una mínima capacidad de diálogo entre aquéllos.⁴⁶⁴

Se ha sostenido que la extrema conflictividad entre los progenitores deriva en un grave perjuicio actual y futuro para los menores insertos en esa desestructurada unidad familiar, poniéndose de manifiesto una serie de efectos nocivos en los menores, tales como trastornos psicopatológicos, elevaciones significativas de estrés y ansiedad, perturbaciones en la regulación afectiva y en los mecanismos de excitación emocional, (depresión, problemas de conducta, trastornos alimentarios, problemas de autoestima...)⁴⁶⁵

En esta línea, se ha afirmado que los niños que más sufren son los que, además de enfrentarse a los efectos propios de la ruptura familiar se ven luego inmersos en conflictos interparentales que perduran tras el divorcio.⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ LÓPEZ ROMERO P. M. y ALONSO ESPINOSA F. J. “Custodia compartida e interés superior del menor.” *Diario La Ley*, núm. 8556, Sección Doctrina, de 8 de junio de 2015, Ref-229. Edit. La ley, 2015. (LA LEY 3624/2015) Página 21. <<La situación de conflicto entre los padres es lesiva para los hijos, especialmente para los menores, porque sus efectos suelen recaer sobre éstos. Ello es así, porque tras la ruptura de la relación de los padres, los hijos son el único elemento que queda en común. La pareja ha visto truncadas sus expectativas, proyectos en común y los daños emocionales sufridos por cada uno les conducen frecuentemente a cerrarse cada uno a considerar algo positivo en el otro. >>

⁴⁶⁵ KERRY COLLEEN M. / TORRES A. /SEEMAN ERIC A. “*Journal of Divorce & Remarriage*.” Psychology Department, University of Alabama, 11 de octubre de 2008. En el siguiente enlace puede ser consultado dicho estudio en versión original, <http://www.tandfonline.com/loi/wjdr20>

⁴⁶⁶ ARCH MARÍN M. “*Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: Implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia*.” En “*Papeles del Psicólogo*”, Volumen 31, núm.2, mayo-agosto de 2010. Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Madrid, 2010. Páginas 183-190.

Los efectos nocivos de la pervivencia de tales conflictos son sufridos por los menores que forzosamente se ven obligados a posicionarse de forma continuada en el centro del enfrentamiento entre sus padres. Esta realidad no es extraña a la post-separación de los progenitores, y a causa de ella tienen lugar conflictos más puntuales en forma de, desacuerdos referidos a las pautas de crianza, enfrentamientos por el uso por parte de un progenitor del menor como mensajero, problemas generados por la forma en que uno o ambos progenitores se relacionan con el hijo, falta de competencia parental.....⁴⁶⁷

A estos efectos, y pese a que la Jurisprudencia no es uniforme al respecto, pues la corriente mayoritaria participa de la línea establecida por la STS 370/2013, de 7 de junio de 2013⁴⁶⁸ (rec.1128/ 2012) que afirmaba de forma taxativa que: *“Las relaciones de los cónyuges son irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Sólo se convierten en relevantes cuando afectan, perjudicándolo al interés del menor. En este particular, la incomunicación existente entre ambos es un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad y la coordinación que exige el sistema de guarda y custodia compartida, y que influirá de forma pernicioso en el desarrollo integral de los menores.”*

A nuestro juicio, en la decisión de la autoridad judicial de implementar el régimen de custodia compartida debe primar el beneficio del menor, y por ende su estabilidad emocional y afectiva, que no parece sea posible cuando la conflictividad entre los progenitores se da de tal magnitud que impida cualquier atisbo de diálogo. En este sentido, coincidimos con la postura mantenida por la STS 297/2014, de 2 de julio de 2014 (rec.3291/ 2013) que señala que: *«Esta Sala debe declarar que la custodia*

⁴⁶⁷ LÓPEZ MORENO P. M. y ALONSO ESPINOSA F. J. *“Custodia compartida e interés del menor...”* Op. Cit., Página 22.

⁴⁶⁸ STS 370/2013, de 7 de junio de 2013 (rec.1128/ 2012) (LA LEY 65217/ 2013) En este caso se solicita por parte de uno de los progenitores un régimen de guarda y custodia compartida al amparo del artículo 92CC, de modo que los menores pudiesen residir con cada uno de ellos por un período de tres meses, concediéndose durante ese período al progenitor no custodio un amplio régimen de relación con los mismos. La Sentencia del TS negó la pertinencia de la aplicación del régimen de custodia compartida en razón del estado de animadversión de los progenitores que se traslucía de los datos obrantes en el procedimiento (mensajes de correo electrónico) en especial, la existencia de procedimientos penales, que con independencia de su resultado crean un caldo de cultivo absolutamente contrario a lo que ha de ser la cordialidad, que directamente influirían de forma pernicioso en el desarrollo integral de los menores. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por el progenitor paterno, confirmándose la atribución a favor de la madre de la guarda y custodia de los hijos menores.

compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los progenitores exista una relación de mutuo respeto. Lo que se pretende es aproximar este régimen de custodia compartida al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. >>

Esta línea argumental es coincidente con lo expuesto en la Instrucción 1/ 2006, sobre guarda y custodia compartida del Fiscal General del Estado según la cual: *<<En todo caso, ha de partirse de que para admitir la guarda y custodia compartida debe valorarse especialmente la existencia de una buena relación entre los progenitores que les permita postergar su desencuentro personal en aras al beneficio del hijo común. >>*

En vistas a lo cual, la concurrencia de ciertas aptitudes personales idóneas en los padres será el criterio que deberá guiar la decisión judicial sobre la implementación del régimen de custodia compartida. Si las posiciones de los progenitores son extremadamente conflictivas, y el efecto exclusivo de la custodia compartida es la mera alternancia en los tiempos de custodia, quedando sometido el menor a dos modelos alternos de educación y de vida, o cuando es meramente utilizado como arma arrojadiza con la que dañar al otro cónyuge, en tales casos, no parece que la implementación del régimen de custodia compartida sea el mejor medio de precautelar el interés superior del menor.⁴⁶⁹

1.2 Traslado de domicilio del progenitor custodio

El derecho fundamental de libertad de residencia (Art. 19 CE) es obviamente aplicable al progenitor a quien se hubiese atribuido la custodia de los menores, si bien, debemos plantearnos si esa libertad de residencia es extensiva a los menores incurso en un proceso de separación o divorcio. En principio, y como venimos mencionando ambos

⁴⁶⁹ LÓPEZ ROMERO P. M. y ALONSO ESPINOSA F. J. “*Custodia compartida e interés superior del menor.*” *Op. Cit.*, Página 25. <<Solamente si las familias forman hijos emocionalmente sanos y normalmente equilibrados se logra una sociedad civil igualmente sana y habitable. >>

padres ostentan conjuntamente la titularidad de la patria potestad, en vistas de lo cual la atribución a uno de los progenitores de la custodia de los hijos no va a implicar, en modo alguno, que pueda privarse al otro progenitor de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad. Así pues, la posibilidad de modificar la residencia del menor, forma parte del ámbito de la patria potestad, por tratarse de una cuestión de gran trascendencia para el hijo, que puede implicar un cambio de entorno social y familiar, e inclusive provocar una alteración en el régimen de visitas, comunicación y estancias del progenitor que no ostenta la custodia. De ahí que dicha decisión no podrá ser adoptada de modo unilateral por uno sólo de los titulares de la patria potestad, sino que habrán de ser adoptadas por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención de la autoridad judicial, tal y como se desprende del artículo 156 CC.

En esta línea, se ha sostenido por un sector doctrinal ⁴⁷⁰que la decisión unilateral del progenitor custodio de cambiar de residencia atentaría contra la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en virtud de la cual, las decisiones de índole familiar deben ser tomadas por las partes interesadas. ⁴⁷¹

Frente a ello, si el cambio de domicilio no supone una variación de las circunstancias o si dicha variación fuese irrelevante, no existiendo, así mismo, notorio perjuicio de los otros sujetos de la relación familiar, por haberse producido dicho cambio de residencia dentro de la misma ciudad. Dicho cambio, por si sólo es insuficiente para generar la modificación de la modalidad de custodia o la atribución de la guarda, pues de lo contrario se estaría limitando indirectamente la libertad de movimientos del progenitor que ha realizado dicho cambio de domicilio. ⁴⁷²

En este supuesto, y sobre la base de la no afectación en la vida del hijo, el progenitor custodio podrá realizar el cambio de domicilio comunicándolo previamente al otro

⁴⁷⁰ RAGEL SÁNCHEZ L. F. “*La guarda y custodia de los hijos.*” *Op. Cit.*, Página 298-299.

⁴⁷¹ Artículos 9 y 18 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 hacen referencia al derecho del niño a ser criado por ambos progenitores y, consecuentemente a mantener contacto directo con ellos.

⁴⁷² El Artículo 2 del Reglamento UE 2201/ 03, de 27 de diciembre, dispone en su apartado 9: “Derechos de custodia, entre otros, los derechos y obligaciones relativos al cuidado de la persona de un menor y en especial, el derecho a decidir sobre el lugar de residencia.”

progenitor, al efecto de procurar su consentimiento, o simplemente para adecuar a esta nueva situación el régimen de visitas, comunicación y estancias.⁴⁷³

Por el contrario, si el cambio de residencia se produce a otra ciudad o país, ello supondrá necesariamente que la relación de los menores con el otro progenitor se verá mermada, por cuanto la distancia física obstaculizará de forma evidente la consiguiente relación paterno-filial, quebrándose de forma palpable el status quo tomado en consideración por la resolución judicial que estableciera la modalidad de custodia, y en su caso, el régimen de visitas de la descendencia común. Así mismo, para que el cambio de residencia lleve aparejado un cambio de la concesión de la guarda y custodia será exigible que dicho cambio sea contrario al interés del menor, debiendo probarse que dicho cambio influirá negativamente sobre el menor.

En este supuesto, el progenitor no custodio podrá oponerse razonadamente al cambio de residencia, de conformidad a lo establecido en el penúltimo párrafo del artículo 90 CC, pudiendo solicitar la modificación del sistema de guarda y custodia por alteración sustancial de las circunstancias, o al amparo del artículo 158.4 CC, cuando considere que el cambio de domicilio es lesivo para los intereses del hijo.⁴⁷⁴ Así pues, el progenitor afectado por el cambio podrá instar una modificación de medidas, incluida la modificación provisional de las mismas (Art. 775 LEC) para ajustar la nueva situación de los menores a las relaciones de éstos con cada uno de los progenitores. Modificación que puede conllevar un cambio de guarda y custodia, o al menos, un reajuste del régimen de visitas.

No obstante, para resolver la acción de Modificación de Medidas, no bastará con que quede acreditado el cambio de domicilio sino que deben ser valorados otros tantos factores que habrán de ser analizados por la autoridad judicial conjuntamente. Así, pues habrá de tenerse en cuenta la voluntad del menor, teniendo esta audiencia carácter obligatorio, tal y como señala el artículo 92 CC, cuando el menor tuviese suficiente juicio.

⁴⁷³ LATHROP GÓMEZ F. “*Custodia compartida de los hijos.*” *Op. Cit.*, Páginas 73-74.

⁴⁷⁴ Así mismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 775 LEC, el progenitor podrá solicitar la modificación de medidas definitivas en aquellos casos en que el traslado de domicilio implique una alteración sustancial de las circunstancias que originalmente fueron tenidas en cuenta en la sentencia de separación o divorcio, respecto de la vivienda familiar, sistema de custodia o régimen de visitas, comunicación o estancias.

De otro lado, se debe distinguir si el traslado de residencia ha sido realizado por el progenitor adoptando dicha decisión unilateralmente y sin conocimiento previo del otro progenitor, o mediante la interposición de una demanda de modificación de medidas previa al traslado. Debemos tener en cuenta que el ejercicio de la guarda y custodia debe ser respetuoso con el derecho-deber de comunicación del menor con el otro progenitor, por lo tanto esa posible libertad en el cambio de domicilio (en la misma ciudad, por ejemplo) o residencia del menor, tendrá como límite el respeto al régimen de comunicación y estancias del menor con el otro progenitor. Así pues, siempre y cuando el cambio de domicilio no tenga una limitación impuesta por el juez, por existir un evidente riesgo de sustracción de menores (Artículos 103 y 158 CC)⁴⁷⁵, o cuando se considere que con esos cambios se van a ver afectados los derechos de comunicación del otro progenitor con su prole, se deberá avisar con la debida antelación a la contraparte para que se pueda llegar a un acuerdo o, en su defecto, vía judicial, se adoptarán las medidas adecuadas, bien denegando ese cambio de domicilio, o bien estableciéndose un nuevo régimen de comunicación y estancias del menor con el otro progenitor, que será compatible con el nuevo domicilio o residencia.

En este sentido, se ha discutido quién habrá de abonar, en su caso, los gastos de desplazamientos del menor cuando se cumplan las visitas, así como quién habrá de acompañar al menor en los desplazamientos, esto es, si el progenitor custodio debe desplazarse con el menor a la localidad de residencia del no custodio para la entrega y recogida en cumplimiento del régimen de visitas, o por el contrario, será el progenitor no custodio el que se traslade a la localidad de residencia del no custodio para recoger y entregar al menor. Para dar respuesta a ello habrá de valorarse la forma de actuar de uno y otro progenitor, de los motivos que hubiesen determinado el traslado, de la voluntad del menor.....

A estos efectos, las resoluciones de los Tribunales de justicia distan mucho de seguir un criterio uniforme al respecto, así, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 15 de enero de

⁴⁷⁵ De conformidad con los artículos 103 y 158 CC, cuando exista un evidente riesgo de sustracción de menores, se podrán adoptar una serie de medidas preventivas tales como:

- Prohibición de expedición del pasaporte del menor o retirada del mismo
- Someter a autorización judicial previa cualquier cambio de domicilio del menor
- Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa. Esta medida podrá ser solicitada por las partes o por el Ministerio Fiscal, o apreciada de oficio por el Juez.

2010, (nº 20/2010) (rec.852/2009) acordaba el cambio de guarda y custodia a favor del padre, en detrimento de la custodia materna, por cambio de residencia decidida unilateralmente por ésta, al estimar que el interés del menor así lo aconseja, razonando que. <<Nos encontramos ante una alteración sustancial de los factores que condicionaron los acuerdos en su momento logrados por las partes, y que ha obedecido a una decisión unilateral e injustificada de la progenitora materna, ajena, por tanto, a la voluntad del otro progenitor, por lo que desde la postura de éste último, se cumplen los condicionantes al efecto exigidos por los artículos 90 y 91, in fine, del Código civil. >>

También, la SAP de Castellón, Sección 2ª, de 14 de octubre de 2008 (nº117/2008) (rec.55/2008) admitió el cambio de custodia por decisión unilateral de la madre a un país distinto, estableciendo que: <<No se aprecia la existencia de un motivo justificado o razón de peso por la que la madre haya tomado la decisión de instalar su domicilio familiar en la localidad de Lima (Perú), siendo un hecho constatado que dicho cambio de domicilio no es conveniente para los menores, redundando necesariamente en su situación personal y en la relación con el padre, de fundamental importancia para el desarrollo de los mismos y sus propios deseos de mantener un extenso régimen de visitas con el progenitor paterno. >>

En sentido contrario, la SAP de León, Sección 1ª, de 1 de octubre de 2007 (nº269/2007) (rec.72/2007) no accedió al cambio de custodia pese al cambio de localidad de residencia de la madre, al entender que dicho cambio no era caprichoso y, que en ningún caso la progenitora viene a dificultar o/y obstaculizar las comunicaciones padre e hijo, razonando que: <<En un proceso de modificación de medidas lo que habremos de analizar es si el cambio de residencia del menor constituye una modificación sustancial de las circunstancias, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 91 CC. Y pese a que sí se ha producido un cambio en las circunstancias porque el cambio de domicilio lo es, dicho cambio no ha sido sustancial porque la comunicación entre padre e hijo se ha mantenido y con resultados satisfactorios para el menor, sin que este último se haya visto afectado en sus estudios ni en su estabilidad emocional con tal cambio. >>

En cualquier caso, en estos casos de cambio de domicilio y guarda y custodia debe primar el beneficio de los menores. Criterio proteccionista que tendrá su reflejo en las medidas judiciales previstas en los supuestos de separación o divorcio, de modo que las que en ellos se adopten y tengan repercusión directa en los menores deberán inspirarse en él, en especial, cuando se deba acordar la atribución o modificación de un régimen de custodia.

1.3 Convivencia del progenitor custodio con tercera persona

Tras una crisis matrimonial, puede que uno de los cónyuges haya iniciado una nueva relación sentimental con una tercera persona. En principio, el hecho de que una tercera persona haya pasado a formar parte de la rutina familiar no ha de constituir un obstáculo para la implementación o modificación del régimen de guarda y custodia compartida. Por el contrario, podríamos pensar que la implementación de dicho modelo de custodia favorecerá que cada uno de los progenitores disponga de mayor tiempo libre para rehacer su vida sentimental, siempre sin perjuicio, de no descuidar la formación y desarrollo del menor en aquellos períodos en que haya de encontrarse bajo su custodia. Así pues, en principio que uno de los progenitores mantenga una nueva relación sentimental no será determinante para acordar el reparto del tiempo de convivencia.⁴⁷⁶

Lo determinante de esta nueva situación será determinar si dicha nueva relación va a influir positiva o negativamente en el desarrollo del menor. A estos efectos, en primer lugar, habrá de valorarse la edad del menor, al objeto de analizar si es capaz de asimilar de manera positiva la presencia de una tercera persona o si por el contrario esta nueva presencia en su devenir cotidiano le resultará perjudicial. En este sentido, se ha afirmado por un sector doctrinal que las nuevas nupcias del progenitor podrían tener una influencia dañosa en lo concerniente a la guarda puesto que se introduce

⁴⁷⁶ PÉREZ MARTÍN A. J. “Reparto de la convivencia de los hijos....” *Op. Cit.*, Página 106.

una nueva persona, con sus propios criterios y convicciones, en todo lo concerniente a la formación y educación del menor.⁴⁷⁷

De otro lado, se ha sostenido que el hecho de contraer nuevas segundas u ulteriores nupcias no debiera ser causa de modificación de la atribución de la custodia, siempre y cuando el Juez no estimase lo contrario en virtud de instancia del otro progenitor o del Ministerio Fiscal.⁴⁷⁸

Así mismo, otro factor a considerar sería el tiempo transcurrido desde la ruptura de la unidad familiar y el momento en que hubiese comenzado la nueva relación sentimental. En el caso de que el tiempo transcurrido fuese excesivamente corto, no parece adecuada la implementación del régimen de custodia compartida, habida cuenta de que el menor deberá sobrellevar junto a la separación de sus progenitores, la irrupción en su vida familiar de una tercera persona ajena a su entorno familiar cercano. Si por el contrario, ha transcurrido un período extenso de tiempo desde la separación o divorcio y el inicio de la nueva relación, y se constata que el menor goza de una cierta estabilidad emocional acorde con la situación de crisis en la que se halla inmerso, parece plausible que pueda asimilar de forma positiva la nueva convivencia de su progenitor con una tercera persona, en cuyo caso si podríamos afirmar la viabilidad del modelo de custodia compartida si se demuestra que no atenta contra el interés del menor.

Así, la SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 7 de noviembre de 2007 (nº552/2007) (rec.488/2007) acordó el cambio de custodia a favor del padre por fuerte rechazo del menor hacia el padrastro, argumentando como motivos para acceder a dicho cambio: *<<La excesiva conflictividad de los progenitores, y el fuerte rechazo que el menor mostraba hacia el padrastro. >>*

En sentido distinto, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 7 de noviembre de 2006 (663/2006) (rec.750/2006)) acordó no cambiar el régimen de custodia, pese a la manifestación del menor de no querer convivir con su progenitor paterno, fundamentalmente por causa de la novia de su padre, esgrimiéndose que: *<< Una*

⁴⁷⁷ LÓPEZ ALARCÓN M. “El nuevo sistema matrimonial español- Nulidad, separación y divorcio.” Edit. Tecnos, Madrid, 1983. Página 345.

⁴⁷⁸ ZANON MASDEU L. “El divorcio en España.” Edit. Acervo, Barcelona, 1981. Página 332.

modificación en cuanto a la guarda y custodia debe estar justificada en algo más que el mero deseo del progenitor no custodio, no observándose que el menor presente problemas adaptativos ni desajustes emocionales cuyo origen o mantenimiento pueda relacionarse con el desempeño parental del ejercicio de la guarda y custodia, en este caso, por parte de su padre. Argumentándose que no existen disfuncionalidades en el ejercicio de la custodia por parte del padre, que no ha revelado ningún signo psicopatológico incapacitante, ni trastorno de personalidad alguno. No existiendo un cambio significativo de las circunstancias concurrentes cuando se determinó la custodia y régimen de visitas actuales, sino un leve cambio cuya problemática ha de intentar paliarse en el mismo entorno en el que surge, antes de proponer un cambio total de dichas circunstancias, a la luz de lo cual procederá reevaluar de nuevo los beneficios de dicha posible modificación. >>

Para llevar a cabo el cambio en el régimen de guarda y custodia no sólo hemos de atender al dato objetivo de que se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar las medidas definitivas en separación matrimonial, sino que también será necesario analizar cuáles han sido las circunstancias que pueden motivado el cambio de opinión en los menores y atender, en todo caso, al interés superior de las menores, en orden a valorar la conveniencia y el beneficio que el cambio de custodia puede reportar a los mismos.

La SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 13 de julio de 2005 (nº 305/2005) (rec.260/2005) acordó el cambio de custodia a favor del progenitor paterno, ante el rechazo fundado del hijo a la pareja sentimental de la madre (condenado mediante sentencia penal firme por malos tratos hacia su progenitora), esgrimiéndose que: <<*No procede modificar la guarda y custodia por el solo deseo del hijo. La decisión de cambio de atribución debe justificarse con pruebas contundentes, siendo necesario indagar y profundizar al máximo, tanto la voluntad del menor, como el contexto concurrente y que se le puede ofrecer desde cada marco de convivencia, a los efectos del acierto de la decisión, por cuanto el menor puede manifestar una preferencia, sugestionado más por razones de comodidad o deseo momentáneo que por otros más profundos y necesarios. Lo que implica valorar la propia voluntad del menor dentro del contexto en el que se expresa, y deducir de la misma no una consecuencia determinada e*

insuperable, sino un dato a tener en cuenta en relación con las restantes que, de concurrir, en definitiva, realizarán mejor aquella razón fundamental del favor filii. >>

En este caso en particular, el rechazo hacia el compañero sentimental de la madre se hallaba plenamente justificado, a la vista de la condena mediante sentencia penal firme por malos tratos hacia aquella.

De lo anterior se desprende la falta de uniformidad de criterios doctrinales acerca de dicha cuestión. A nuestro juicio, sería conveniente la valoración mediante especialistas (psicólogos o trabajadores sociales) a fin de determinar si la presencia de la nueva pareja sentimental en el entorno familiar influye positiva o negativamente en la evolución y desarrollo emocional del menor. Así pues se deben considerar los efectos de esta nueva situación familiar y valorar su repercusión en la vida del menor, antes de adoptar una decisión que pueda modificar el régimen de custodia establecido, valorándose, así mismo, íntegramente las circunstancias que rodean a la estructura familiar.

2. CUSTODIA COMPARTIDA Y MEDIACIÓN FAMILIAR

En el contexto de la UE, la mediación familiar se ha constituido como una solución eficaz de los conflictos familiares, viéndose impulsada -como solución alternativa a la vía judicial- por la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998,⁴⁷⁹ que establecía que: *<<La mediación familiar tiende, principalmente, a promover acuerdos, reduciendo el conflicto de intereses entre los miembros de una familia, a proteger el interés de los niños, a disminuir los efectos negativos de la separación o el divorcio, a facilitar la relación entre los progenitores y los hijos, y a reducir los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia.>>*

En esta línea, el Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000. Diario Oficial núm. L 338 de 23/12/2003 p. 0001-0029- en su artículo 55.e impone la cooperación de Autoridades Centrales para *“facilitar la celebración de acuerdos entre los titulares de la responsabilidad parental a través de la mediación o por otros medios y facilitar, con este fin, la cooperación transfronteriza.”* Este Reglamento viene a potenciar el proceso de mediación en materia de responsabilidad parental como forma idónea de resolución de conflictos.⁴⁸⁰

⁴⁷⁹ Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998, publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1 de mayo de 2001 (núm. 1892/2001)

⁴⁸⁰ Reglamento (CE) Nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental en sus artículo 46, sitúa en el mismo plano que las resoluciones judiciales. Los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen. Se pretendía instar con ello a las partes a llegar a acuerdos extrajudiciales en temas de responsabilidad parental, con independencia de si se trataba de un acuerdo privado entre las partes o de un acuerdo concluido ante una autoridad.

También en el ámbito autonómico han sido aprobadas leyes de mediación familiar:

- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña. (BOE Nº 91/2001, de 16 de abril), dicha Ley ha sido derogada por la Ley Autonómica 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del Derecho Privado (BOE Nº 198/2009, de 17 de agosto de 2009)
- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Galicia (BOE Nº157/2001, de 2 de julio), modificada por la Ley Autonómica 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (BOE Nº 226/2007, de 20 de septiembre)

Así, en el entorno familiar, la mediación está especialmente indicada como instrumento de resolución de conflictos, debido a que las soluciones adoptadas por las partes tienden a preservar el vínculo entre los miembros de la unidad familiar.⁴⁸¹

En el proceso de mediación familiar, el mediador interviene a petición de una o ambas partes de un conflicto familiar, y trata de promover unas circunstancias adecuadas para lograr una negociación fructífera, que cristalice en un futuro acuerdo en el que las partes desactiven el conflicto y regulan sus relaciones a futuro.⁴⁸²

En el proceso contencioso de divorcio, el artículo 770.7 LEC establece que: *“Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación.”*⁴⁸³

-
- Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (BOE N° 303/2001, de 19 de diciembre)
 - Ley 15/2003, de 8 de abril de la Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Canarias (BOE N° 134/2003, de 5 de junio) modificada por la Ley autonómica 3/2005, de 23 de junio (BOE N° 177/2005, de 26 de julio)
 - Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha (BOE N° 203/2005, de 25 de agosto)
 - Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León (BOE N° 105/2006, de 3 de mayo)
 - Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares (BOE N° 303/2006, de 20 de diciembre), derogada por la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares (BOE N° 16/2011, de 19 de enero)
 - Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid (BOE N° 153/2007, de 27 de junio)
 - Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar del Principado de Asturias (BOE N° 170/2007, de 17 de julio)
 - Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar del País Vasco (BOPV N° 34/2008, de 18 de febrero)
 - Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía (BOE N° 80/2009, de 2 de abril)
 - Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar de Aragón (BOE N° 115/2011, de 14 de mayo)
 - Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOE N° 99/2011, de 26 de abril)

⁴⁸¹ ORTEGA GUERRERO I. *“El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea.”* En *Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Volumen II, núm. 3, 2002*. Página 106. <<Los procesos de separación y divorcio suponen una crisis en los aspectos afectivo, familiar, social y económico, que afecta a los miembros de la pareja negativamente, mermando en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos.>>

⁴⁸² OROZCO PARDO G. *“Notas acerca de la mediación en el Derecho español. Comentario a la ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos.”* *Revista de la Facultad de Derecho de las Universidades de Granada*, núm. 5, 2002. Página 738.

⁴⁸³ La Ley 15/2005, de 8 de julio, introdujo la regla séptima del artículo 770 LEC, que permite a las partes solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 LEC.

Así mismo, el apartado segundo del artículo 777 LEC dispone que: *“Al escrito por el que se promueve el procedimiento deberá acompañarse (...) incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.”*

En esta línea, se ha sostenido que la mediación familiar es un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo procesos interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración las peculiaridades de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares.⁴⁸⁴

Se ha configurado, por tanto, la mediación familiar como un instrumento para facilitar la recomposición o la autocomposición de los intereses en conflicto, acercando posturas y cooperando a la reducción del colapso judicial.⁴⁸⁵ Así pues, el principio de la autonomía de la voluntad es el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación,⁴⁸⁶ en donde la intervención profesional del tercero mediador está orientada a facilitar la comunicación entre las partes, a la racionalización de los problemas, y así mismo,

Así mismo, en la Disposición Final tercera de la Ley 15/2005, de 8 de julio, se plasmó el compromiso del Gobierno de remitir un proyecto de Ley sobre mediación basada en los principios establecidos en la Unión Europea, y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas. La Disposición Final 3ª señala que: “ El Gobierno remitirá a las Cortes un proyecto de ley sobre mediación basado en los principios establecidos en las disposiciones de la Unión Europea, y en todo caso, en los de voluntariedad, imparcialidad, neutralidad y confidencialidad y en el respeto a los servicios de mediación creados por las Comunidades Autónomas.”

⁴⁸⁴ ORTUÑO MUÑOZ P. *“Mediación familiar.”* En GONZÁLEZ POVEDA P. *“Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales.”* Edit. Sepin, Madrid, 2005. Página 1104.

PÉREZ JIMENEZ M. T. *“La mediación en el marco del protocolo familiar.”* En *Actualidad civil*, núm. 9, *Quincena del 1 al 15 de mayo de 2010*, Tomo I. Edit. La Ley. Página 997. <<A través de la mediación familiar se trata de conseguir una nueva organización familiar fruto del consenso alcanzado por las partes en conflicto, con la ayuda neutral, imparcial y carente de todo poder de decisión de un tercero, el mediador, cuya intervención será solicitada y aceptada por aquéllas en un marco de confidencialidad. >>

⁴⁸⁵ RAVETLLA BALLESTÉ I. *“La mediación familiar.”* En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) El Al. *“Derecho de familia.”* Edit. Bosch, Barcelona, 2011. 1ª Edición. Página 159.

⁴⁸⁶ ORTUÑO MUÑOZ P. *“Mediación familiar.”* *Op. Cit.*, Página 1109. <<La mediación se encuadra como un sistema alternativo para la resolución de disputas, a través del cual las partes en conflicto llegan por sí mismas a una solución con la ayuda de un mediador quien con su formación, ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento para crear un ambiente de colaboración que, por lo general, es impedido en el ámbito contencioso. >>

servirá como garantía de que la formación de la voluntad no va a estar condicionada por ningún tipo de elemento extraño a los verdaderos intereses de las partes.⁴⁸⁷

Así pues, con la mediación se logra un mecanismo de solución de conflictos apto para supuestos concretos necesitados de diálogo y composición.⁴⁸⁸ La mediación familiar⁴⁸⁹ es una institución voluntaria, confidencial, imparcial, y dotada de una flexibilidad de la que carece el proceso judicial, dado que en la mediación no existen reglas preestablecidas ni en el ámbito formal o procesal, ni tampoco en cuanto al derecho material, esto es, en cuanto a la ley susceptible de ser aplicada a la controversia, a

⁴⁸⁷ GONZÁLEZ CANO M. I. “*Los métodos alternativos de resolución de conflictos.*” En SOLETO MUÑOZ H. y OTERO PARGA M. “Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente.” Edit. Tecnos, Madrid, 2007. Página 137. <<El proceso de mediación seguido tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación y ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida que ellas mismas lo han logrado, el grado de compromiso mutuo alcanzado y la satisfacción les llevará a cumplir los acuerdos a los que han llegado sin más, así como a perfeccionar el modo en el que se relacionarán en el futuro y en el que mejorarán sus relaciones. Con ello, la mediación habrá cumplido su función al procurar el conocimiento de las personas y fomentar su comunicación, lo cual les permitirá entenderse y, en suma, convivir de un modo tendencialmente menos conflictivo en el futuro. >>

RAVETLLAT BALLESTÉ I. “*La mediación familiar.*” *Op. Cit.*, Página 173. <<A través de la mediación se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera personal y directa, partiendo de la premisa de que las personas en conflicto tienen la necesidad de seguir relacionadas en el futuro, pues sin duda el mantenimiento de la relación posterior y el grado de cumplimiento de las decisiones obtenidas puede ser mucho más elevado si ha existido una comunicación y un consenso frente a la imposición de una decisión del juez tras un proceso contencioso. >>

⁴⁸⁸ CASTILLEJO MANZANARES R. “*Mediación en el ámbito familiar: Marco normativo.*” En SOLETO MUÑOZ H. y OTERO PARGA M. “Mediación y solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente.” Edit. Tecnos, Madrid, 2007. Página 276. <<La mediación es un mecanismo complementario en cuanto resulta el adecuado para determinados conflictos que requieren menos auctoritas y más diálogo, y a los que les resulta suficiente la intervención de un sujeto independiente, neutral, debidamente formado y entrenado para el ejercicio de la función mediadora. >>

CORVO LÓPEZ M. F. “*El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar.*” *En Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, núm.1. Edit. Aranzadi, Navarra, 2011. Páginas 43-78.* <<La confidencialidad en la mediación familiar constituye un elemento básico para que esta resulte eficaz, pues la información que se maneja a lo largo de sus tramitación, afecta a la intimidad de las partes, por lo que resulta merecedora de una especial protección, además de que permite ofrecer a las partes un espacio seguro en el cual abordar su conflicto con sinceridad y honestidad, sin presiones de terceros y sin temor a que lo expresado pueda ser utilizado después en un proceso judicial. >>

LATHROP GÓMEZ F. “*Custodia compartida de los hijos.*” *Op. Cit.*, Páginas 547-548. <<Dentro del proceso de mediación debe respetarse el derecho del niño a ser escuchado, toda vez que sus intereses están en discusión. >>

⁴⁸⁹ La mediación familiar descansa sobre una serie de presupuestos básicos:

- La separación o el divorcio no han de suponer para los menores la pérdida de alguno de sus progenitores, debiendo conservarse íntegros los vínculos entre aquéllos y éstos.
- Las parejas que se separan tendrán la oportunidad de establecer por sí mismas las bases del acuerdo que habrá de regir sus relaciones posteriores.
- Los procesos judiciales contenciosos generan mayor conflictividad entre los progenitores, dificultándose la comunicación y el entendimiento entre ellos.

excepción de los principios constitucionales y libertades públicas que previenen la indefensión, así como de las materias de orden público.⁴⁹⁰

Así pues, la mediación propiciará la creación de un marco de entendimiento y colaboración entre las partes en conflicto, a fin de que puedan alcanzar acuerdos que resulten satisfactorios para ambos y beneficiosos para el conjunto del familiar.

En este marco, se ha sostenido que el hijo deberá ser debidamente informado sobre la evolución del proceso de mediación, e inclusive, habrá de ser oído, toda vez que sus intereses se van a ver profundamente afectados por los acuerdos que pudieren alcanzarse.⁴⁹¹ Así, la mediación familiar se constituye en un instrumento que permite a los progenitores poder alcanzar un acuerdo sobre los efectos de la ruptura familiar, facilitando, al mismo tiempo una comunicación más fluida en aras a las posteriores relaciones entre ambos, así como al necesario desempeño de sus responsabilidades parentales. En este ámbito, si los progenitores acordasen el establecimiento del régimen de custodia compartida, devendrá necesario la elaboración, así mismo, de un plan de coparentalidad ⁴⁹² o plan de responsabilidad parental, en el que habrán de definirse las líneas de formación de los más diversos aspectos de la vida de los menores, así como el grado de intervención de los progenitores en las mismas, esto es, la pormenorización de las respectivas funciones parentales en lo concerniente al cuidado, residencia, vivienda, lapsos de convivencia, manutención de los hijos, distribución de los gastos entre ambos progenitores, régimen de comunicación, aspectos sanitarios, educativos y sociales de los menores. En este contexto, la mediación familiar se erige en instrumento de vital importancia en orden al proceso de mutuo reconocimiento de las capacidades parentales de ambos progenitores.

⁴⁹⁰ MARTÍN CASALS M. “*Líneas generales de la mediación familiar en España.*” En GARCÍA GARNICA M. C. y otros. “Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2008. 1ª Edición. Página 34-36.

ORTUÑO MUÑOZ P. “*Mediación familiar.*” *Op. Cit.*, Página 1179. <<Los acuerdos de mediación que se ajusten a unas exigencias básicas solo podrán ser rechazados si a criterio del juez no son convenientes para la familia o para alguno de sus miembros. >>

⁴⁹¹ LATHROP GÓMEZ F. “*Custodia compartida de los hijos.*” *Op. Cit.*, Página 547-548.

⁴⁹² LATHROP GÓMEZ F. Ul. lo. Cit. Página 7. <<Los planes de coparentalidad o planes de responsabilidad parental, consisten en un documento realizado de común acuerdo por ambos padres para el ejercicio de los derechos- funciones que comprende la autoridad parental. >>

De este modo, la información y formación en la cultura del acuerdo y el uso de la mediación familiar, posibilitarán y harán más viable el régimen de custodia compartida.⁴⁹³

Resulta evidente, que tanto los planes de coparentalidad, como el sometimiento a la mediación, van a requerir de un mínimo acuerdo y voluntariedad en los progenitores. A estos efectos, consensuado el sometimiento a la mediación familiar, los progenitores podrán someterse a un proceso de mediación para acordar lo relativo a la guarda y custodia de los hijos, así como las medidas derivadas de su ejercicio.

Se ha sostenido en este sentido que, la mediación familiar se revela como un recurso útil para hacer posible acordar un determinado régimen de custodia en las situaciones en las que los progenitores tienen graves dificultades para lograr un acuerdo al respecto.⁴⁹⁴

En el proceso de mediación, los progenitores quedan situados en un plano de igualdad frente al mediador, que les ayudará a negociar y a intercambiar sus posiciones, fomentando la igualdad entre los progenitores y la asunción de acuerdos equitativos, estables y duraderos, contribuyéndose, de otro lado, a la resolución de los procedimientos judiciales ya iniciados.

Así el acuerdo de mediación adoptado por los progenitores propiciará su asunción por ambos progenitores, sin que sea visualizado como la imposición de un tercero ajeno a la crisis, que ha favorecido a uno de ellos, perjudicando, por el contrario al otro progenitor.⁴⁹⁵

Se ha sostenido, que el acuerdo de mediación presenta como ventajas, que es de mejor calidad que el de mutuo acuerdo negociado sin la intervención de un mediador especializado, habida cuenta de que el mediador les habrá hecho ver la relación existente entre el tema de la guarda y custodia, la vivienda familiar, las pensiones alimenticias..... Previéndose el mejor sistema de guarda y custodia en función de la

⁴⁹³ ROMERO NAVARRO F. “*La custodia compartida....*” *Op. Cit.*, Página 107.

⁴⁹⁴ ROMERO NAVARRO F. *Ul. loc. cit.* Página 108.

⁴⁹⁵ ORTUÑO MUÑOZ P. “*Mediación familiar.*” *Op. Cit.*, Página 1168. <<El acuerdo de mediación familiar es un acto de naturaleza multidisciplinar y, jurídicamente, es un negocio complejo y típico del Derecho de Familia. >>

edad de los menores, garantizando la relación del menor con su familia extensa, tratando de forma no traumática la problemática de las posibles nuevas parejas de los progenitores y la consiguiente convivencia con las mismas de los menores.....⁴⁹⁶

Debiendo tenerse en cuenta, fundamentalmente, que en el trascurso del proceso de mediación pueden surgir diversas situaciones:⁴⁹⁷

1. Que los progenitores acuerden el régimen de custodia compartida, y el mediador observe que en dicho acuerdo no se está protegiendo adecuadamente el interés del menor. En tal caso, el mediador deberá manifestar que el acuerdo adoptado debe proteger y satisfacer prioritariamente el interés del menor, y en base a ello, guiar a los progenitores en aras a consensuar un acuerdo que respete los intereses del menor. No obstante, si los progenitores persistieran en el mismo acuerdo, a juicio del mediador, dañoso para los intereses de los hijos, el mediador podrá renunciar a continuar con el proceso de mediación, procediendo a dar por finalizado el mismo, en atención a la falta de voluntad de los progenitores por alcanzar un acuerdo respetuoso con el interés del menor. Para lo cual levantará acta, dejando constancia de las razones de su renuncia y de la finalización del proceso de mediación. En este supuesto, los progenitores deberán de continuar con la tramitación del proceso contencioso, debiendo ser la autoridad judicial quien habrá de decidir sobre la atribución del ejercicio de la guarda y custodia.
2. Que los progenitores acuerden un régimen de custodia exclusiva. En tal caso, el mediador deberá velar porque dicho acuerdo respete los intereses del hijo y de las partes intervinientes, y si no se aprecia un daño a esos intereses, deberá dar por terminado el proceso de mediación, procediendo a levantar el acta, que deberá ser firmada por ambos progenitores y el mediador, en prueba de conformidad. En el acuerdo de mediación se incluirá todo el conflicto, así como la solución a que hubiesen llegado los progenitores.

⁴⁹⁶ ORTUÑO MUÑOZ P. “*Mediación familiar.*” *Op. Cit.*, Página 1135.

⁴⁹⁷ ORTUÑO MUÑOZ P. “*La mediación familiar*” En VARELA PORTELA M. J. “*Separación y Divorcio.*” *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXIV- 2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005. Páginas 86-87.

3. Que los progenitores acuerden el régimen de custodia compartida. En tal caso, el mediador también de verá velar porque dicho acuerdo respete los intereses del hijo, y si no se aprecia daño a esos intereses, deberá dar por terminado el acuerdo de mediación familiar, procediendo de igual forma a la señalada anteriormente.

En cualquier caso, el acuerdo de mediación deberá ser sometido a homologación judicial, y corresponderá a la autoridad judicial valorar si el contenido del mismo, y las medidas adoptadas en él, no afectan perjudicándolo al interés del menor.

En cualquier caso, la mediación familiar se configura como un instrumento que coadyuva en la concienciación de ambos progenitores en orden a sus responsabilidades parentales, contribuyendo, así mismo a reforzar y materializar el principio de corresponsabilidad parental.

CAPITULO VI

ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

1. ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de separación o divorcio, en tanto no se modifique la regulación existente será motivo de controversia tanto para la implementación de la custodia compartida como para la aplicación de la custodia monoparental.

Se ha sostenido, a estos efectos, que el no haber sido comprendido el artículo 96 CC en la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, demuestra la falta de decisión en el legislador por preservar un contenido, en ocasiones injusto hacia una de las partes, aspecto que denota el decanto por parte de éste para que predomine la custodia monoparental como regla.⁴⁹⁸ El legislador desaprovechó la ocasión para modificar la regulación contenida en el artículo 96 CC, que podría haber adecuado a la realidad mediante su oportuna modificación, habida cuenta de que la repercusión de una medida como la guarda y custodia compartida sobre el uso y disfrute del domicilio familiar constituye un aspecto de entidad suficiente como para haber sido previsto por la reforma.

Frente a ello, se ha sostenido que, la regla general del artículo 96 CC, no puede regir en los casos de implementación del régimen de custodia compartida, en la que se ha de alcanzar un acuerdo “para deshacer la casa”, habida cuenta de que los menores van a tener, de ordinario, dos núcleos residenciales con carácter habitual, por lo que no

⁴⁹⁸ Siguiendo a GARCÍA RUBIO M^a. P. y OTERO CRESPO M. “*Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/2005.*” *Op. Cit.*, Página 96-97. <<En este marco, lo más factible sería separar el uso de la vivienda del ejercicio de la patria potestad, cuando los padres ya no viven en el mismo lecho familiar, debiendo corresponder en su generalidad a su titular, salvo casos excepcionales en que uno de los dos necesite protección conviniendo concederse su uso mediante pago de un canon de alquiler. >>

existe razón objetiva para atribuir a uno de ellos la vivienda amparándose en la necesidad familiar.⁴⁹⁹

En esta línea, se ha afirmado que la reforma operada por la Ley 15/2005, se quedó corta ligando el uso de la vivienda a la custodia de los hijos, cuando en realidad, en los supuestos de custodia compartida, ya no va a existir una razón objetiva para tal atribución amparándose en la necesidad familiar. En estos casos, salvo que la vivienda fuese privativa de uno de ellos o proviniese de algún título de ocupación anterior al matrimonio, se ha de alcanzar un acuerdo para su liquidación. Si se alcanza un acuerdo, el propio artículo 96 CC establece la prioridad del pacto. No obstante, el problema devendrá en aquellos casos en que con posterioridad se planteen dificultades para el efectivo ejercicio compartido de la custodia, y en consecuencia hubiese de procederse a distribuir las funciones entre los progenitores o inclusive, asignarlas a uno de ellos.

Otra posible solución pasaría por aplicar analógicamente a la custodia compartida lo dispuesto en el artículo 96.2 CC. Si bien, la aplicación analógica de este precepto no parece resolver la cuestión, dado que la disposición se limita a señalar que el juez resolverá lo procedente.⁵⁰⁰

De otro lado, al no atribuirse la custodia unilateral a ninguno de los progenitores, habida cuenta de que partimos del supuesto de que se ha acordado la custodia compartida, ya no podrá ser de aplicación automática la previsión contenida en el artículo 96.1 CC, sino que habrá que estar a lo prevenido en el párrafo tercero del citado artículo, esto es, podrá acordarse el uso a favor de un progenitor de forma temporal, siempre que las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuese el más necesitado de protección.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ ORTUÑO MUÑOZ P. “El nuevo régimen jurídico.....” *Op. Cit.*, Página 67-68.

⁵⁰⁰ GÓNZALEZ DEL POZO J. P. “El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida.” *En Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, núm. 7206, Sección Tribuna. *Edit. La ley*, 2009. Página 2-3. <<El artículo 92.6 CC es un precepto en blanco, indeterminado, que deja abierta cualquier posibilidad, y obliga a definir y fijar los criterios objetivos a que habrá de atenerse el Juez a la hora de resolver “lo procedente”. >>

⁵⁰¹⁵⁰¹ PÉREZ MARTÍN A. J. “*Tratado de derecho de familia....*” *Op. Cit.*, Página 270. <<En caso de no existir ningún interés más necesitado de protección, los progenitores propietarios de la vivienda podrán disponer libremente de ella. >>

Se ha sostenido ⁵⁰²que la falta de adecuación de la medida de la atribución de la vivienda familiar en el sistema de guarda y custodia compartida puede generar una serie de problemas:

- Que el progenitor solicite la custodia compartida con el único propósito de conseguir la atribución del uso de la vivienda familiar y la pensión de alimentos. (En cuyo caso, podría plantearse promover la venta de la vivienda o, en caso de que existiera más de un bien, proceder a un reparto efectivo y real del patrimonio ganancial.)
- Que el progenitor mantenga una actitud de obstrucción al régimen de custodia compartida, con la única finalidad de perseguir dichas prestaciones patrimoniales. (En tal caso, podría otorgársele la custodia monoparental al otro progenitor.)

A nuestro juicio, la custodia de los hijos en una situación de crisis familiar puede ser utilizado por ambos progenitores para resolver el tema del uso de la vivienda familiar, ⁵⁰³pues en muchos casos, como venimos mencionando, tras el deseo de obtener la custodia de los menores se esconden intenciones de contenido económico sumamente alejadas de la satisfacción del interés del menor. Por ello, sería conveniente separar el ejercicio de la patria potestad del uso de la vivienda familiar, y en este sentido, si bien el artículo 96 CC⁵⁰⁴ garantiza el derecho de habitación del menor en una situación de

ESPARZA OLCINA C. “*La guarda compartida.*” En DE VERA Y BEAMONTE J. R. “Comentarios a las Reformas de derecho de Familia de 2005.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 1ª Edición. Página 210. <<Los cónyuges podrán pactar y el juez decidir atribuir la vivienda familiar a uno de los progenitores, aunque no tenga siempre la condición de progenitor custodio, y ello, en virtud de ser el cónyuge más necesitado de protección, como establece el artículo 96.3 CC. En el supuesto de que no existan hijos, esa será la justificación de la atribución del uso de la vivienda cuando no tenga a los hijos bajo su guarda, y cuando los tenga, además, ostentará el uso de la morada por su condición de cónyuge custodio. >>

⁵⁰² MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T. “*Problemas que genera.....*” *Op. Cit.*, Página 7.

⁵⁰³ GÓNZALEZ DEL POZO J. P. “*El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida.*” *Ul. loc. cit.* Página 1. <<La simple existencia del párrafo primero del artículo 96 CC, constituye una rémora para la consecución de acuerdos de guarda y custodia compartida y determina, en muchos casos, la negativa a aceptar este sistema por parte del cónyuge que cree ostentar mejores condiciones personales, laborales, económicas y familiares que el otro, para obtener la custodia exclusiva y, con ella, el uso de la vivienda. >>

⁵⁰⁴ Artículo 96 CC: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

crisis familiar, no obstante, la atribución exclusiva del uso de la vivienda familiar al progenitor con quien los hijos residan no parece la solución más acertada.

Un sector doctrinal ⁵⁰⁵ ha esgrimido que la solución idónea radicaría en que la vivienda debiera pertenecer al cónyuge titular de la misma. No obstante, si perteneciese a ambos progenitores se deberá articular la forma de adecuar el bien o enajenar la vivienda a fin de satisfacer a ambos, con la salvedad de que hasta que el menor alcance la mayoría de edad, se debe satisfacer el uso de la vivienda a su favor, con independencia de cual fuere la solución adoptada. A estos efectos, habida cuenta que la vivienda debe atribuirse en función a proteger el interés del menor, en el supuesto de que éste se independizase, se debería modificar su uso ante la autoridad judicial, al dejar de ser el beneficiario de la habitabilidad de la vivienda. ⁵⁰⁶

De otro lado, se han planteado soluciones alternativas, ante la falta de una regulación concreta para los supuestos de custodia compartida, esgrimiéndose que:

- Podría atribuirse el uso de la vivienda a los hijos y a los progenitores alternativamente. Se ha sostenido, que esta fórmula parece difícil de sostener en la práctica, dado que los sucesivos cambios de domicilio de los progenitores podrían dar lugar a controversias y conflictos.⁵⁰⁷

Se ha criticado también esta medida por entender que entre sus desventajas se halla la falta de intimidad de los progenitores, que tras la ruptura sentimental se ven obligados a compartir un entorno común, aunando a ello la posibilidad de que alguno de ellos inicie una nueva relación

No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

GARCÍA RUBIO M. P. y OTERO CRESPO M. “*Apuntes sobre la referencia...*” *Op. Cit.*, Página 96-97. <<La vivienda deja de ser familiar con el divorcio y, por ello, con carácter general debería corresponder a su titular, salvo en los casos excepcionales y transitorios en los que el otro progenitor estuviese especialmente necesitado de protección y en los que pudiera otorgársele algún derecho de uso que, como regla, debería ser a cambio de un precio. >>

⁵⁰⁵ SALAZAR BORT S. “*La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales...*” *Op. Cit.*, Página 35.

⁵⁰⁶ SALAZAR BORT S. “*La tutela especial de los hijos....*” *Ul. loc. cit.* Página 43. <<Uno de los temas más importantes en la sociedad actual es, que duda cabe, el de la vivienda. Se trata de un bien de consumo muy costoso, y al mismo tiempo imprescindible, lo cual le otorga una posición de privilegio, tanto desde el punto de vista del general sistema económico como desde el de cualquier economía doméstica. >>

⁵⁰⁷ SARAVÍA GONZÁLEZ A. M. “*Guarda y custodia compartida...*” *Op. Cit.*, Página 241.

sentimental con un tercero.⁵⁰⁸ Así mismo, resultará extremadamente gravoso desde el punto de vista económico, dado que supone el mantenimiento de, al menos, tres viviendas.⁵⁰⁹

- Que se atribuya el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado de protección, y en todo caso, cuando no pueda garantizarse de otro modo el derecho de habitación de los hijos cuando los tenga bajo su guarda.⁵¹⁰ Se ha sostenido que en esta modalidad lo recomendable sería fijar la atribución del uso con carácter temporal, y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o extinción del condominio, por un plazo máximo razonable.⁵¹¹
- Que se atribuya el uso de la vivienda a aquel de los progenitores que tenga asignado el ejercicio de la guarda y custodia por un período de tiempo mayor respecto del otro.⁵¹²
- Que la autoridad judicial no asigne la vivienda a ninguno de los progenitores, por haber acordado éstos previamente la venta de la vivienda. Sosteniéndose que, con ello se propiciaría, en casos de titularidad

⁵⁰⁸ DEL VAS GÓNZALEZ J. M. “Instituciones jurídicas de protección...” *Op. Cit.*, Página 265-268.

⁵⁰⁹ PINTO ANDRADE C. “La custodia compartida.” *Op. Cit.*, Página 85. <<Esta opción no siempre será posible, no sólo desde el punto de vista económico, sino también desde un punto de vista meramente práctico, pues los progenitores pueden haber constituido otro núcleo familiar que no pueden descuidar. >> GAUDET J. y MORENO VELASCO V. “La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: Reflexión comparativa España y EE.UU.” *En Diario La LEY*, de 21 de mayo de 2009, núm. 7179, Año XXX, Ref. D-183, Sección Tribuna. Edit. La Ley. Página 2.

⁵¹⁰ SARA VÍA GONZÁLEZ A. M. “Guarda y custodia compartida....” *Op. Cit.*, Página 241. <<Esta fórmula parece más viable e incluso recomendable cuando se den las condiciones necesarias para establecer un régimen de guarda y custodia compartida. >>

PINTO ANDRADE C. “La custodia compartida...” *Op. Cit.*, Página 86. <<Para atribuir la vivienda el juez deberá valorar, entre otras circunstancias, los períodos que los hijos van a pasar con cada uno de sus progenitores y la duración de los mismos, la situación económica de cada uno de los progenitores, apoyos familiares, estado de salud, posibilidades de acceso a otras viviendas, si la vivienda que constituye el domicilio familiar es ganancial o privativa, el valor de dicha vivienda, el número de hijos, el patrimonio, las deudas.....>>

⁵¹¹ GONZÁLEZ DEL POZO J. P. “El derecho de uso de la vivienda...” *Op. Cit.*, Página 3-4.

MARTÍN MELÉNDEZ M. T. “Criterios de atribución.....” *Op. Cit.*, Página 137-139. <<En esta modalidad no será aplicable el artículo 96.1 CC, y habrá de acudir al artículo 96.3 CC. Si bien, esto en principio sólo podrá ocurrir si los domicilios de los cónyuges están cercanos, de modo que los hijos puedan mantener su entorno sin ningún problema a pesar de sus desplazamientos periódicos. >>

⁵¹² La Fiscalía General del Estado dictó una Instrucción 1/ 2006, de 7 de marzo, “Sobre la guarda y custodia compartida y el empadronamiento de los hijos menores”, que estudiaba el empadronamiento de los hijos menores de edad en los supuestos de guarda y custodia compartida. En éste supuesto los menores se podrían empadronar en cualquiera de los dos domicilios de los progenitores, a elección de los progenitores de mutuo acuerdo o, en su defecto, por resolución judicial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del CC al considerar incluida esta decisión dentro del contenido de la patria potestad.

compartida del inmueble, la división de la comunidad así constituida, a fin de que cada progenitor pudiese obtener los medios económicos precisos para afrontar independientemente sus necesidades de alojamiento.⁵¹³

Indiscutiblemente nos hallamos ante un factor económico, y dado que el precio de la vivienda familiar es muy significativo, sería recomendable que el Estado promoviese una política de cooperación en favor de los progenitores divorciados en aras a que éstos puedan cubrir sus necesidades habitacionales de sus hijos.

Es necesario apuntar, a estos efectos, las recomendaciones hechas en las VI Jornadas Nacionales de Magistrados, Jueces de Familia, Fiscales, Secretarios Judiciales y Abogados de Familia, celebradas en Valencia, en octubre de 2009.⁵¹⁴ A este respecto, se concluyó que: *<<La interpretación del artículo 96 CC en tanto no se produzca la reforma del mismo deberá ser interpretado en el sentido de que la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en los que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos. Y en todo caso la asignación del uso de la vivienda familiar, en los supuestos en los que proceda se deberá hacer con carácter temporal. >>*

A este respecto, la SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 23 de julio de 2012 (nº 443/2012) (rec.268/ 2012)⁵¹⁵ estableció que la guarda y custodia del hijo menor correspondiese a la madre, debiendo compartir ambos progenitores la autoridad familiar. Y atribuyendo a la madre el uso de la vivienda, pero limitándose dicho uso temporalmente por tres años, a partir de la fecha de la sentencia, transcurridos los cuales, cualquiera de las partes podría instar demanda de modificación de medidas definitivas para evaluar, teniendo en cuenta las concretas circunstancias familiares concurrentes, la posibilidad de la prórroga, cambio o destino de la vivienda familiar, y ello sin perjuicio de los acuerdos que sobre el particular adopten las partes antes del transcurso del referido plazo.

⁵¹³ SARAVIA GONZÁLEZ A. M. “Guarda y custodia compartida.” *Op. Cit.*, Página 242.

⁵¹⁴ Texto disponible íntegro en la página web de la Asociación Española de Abogados de Familia. <http://www.aeafa.es>

⁵¹⁵ SAP de Zaragoza, Sección 2ª, de 23 de julio de 2012 (nº 443/2012) (rec.268/2012) (LA LEY 195492/2012)

Con relación al uso de la vivienda en el régimen de guarda y custodia compartida, en el ámbito autonómico, el artículo 81.1 del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Ley 1/ 2011, de 22 de marzo, establece que:”1. *En los casos de custodia compartida, el uso de la vivienda familiar se atribuirá al progenitor que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda y, en su defecto, se decidirá por el Juez el destino de la vivienda en función del mejor interés para las relaciones familiares.*

2. *Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor.*

3. *La atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores debe tener una limitación temporal que, a falta de acuerdo, fijará el Juez teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada familia.”* (Artículo 81. 1, 2, 3 CDFA)

Así mismo, en el Preámbulo del Código de derecho Foral de Aragón, el apartado III, parte 10ª, párrafo 13, señala que: “*En la custodia compartida, el criterio de atribución del uso de la vivienda familiar es a favor del progenitor más necesitado, dado el criterio de igualdad que debe prevalecer en este régimen de custodia.*”

El progenitor más necesitado de protección será aquél que tenga más necesidades de acceder a una vivienda, por razones de naturaleza económica o patrimonial. Afirmándose que el Juez, a la hora de ponderar qué progenitor muestra un interés más necesitado de protección, deberá tomar en consideración factores tales como, la capacidad económica de cada uno de los progenitores, que indicará cuál de ellos dispone de las posibilidades pecuniarias suficientes para acceder a un inmueble, en propiedad o arrendamiento, a fin de destinarlo a casa propia. También habrá de valorarse las posibilidades efectivas de cada uno de habitar una vivienda privativa, distinta de la familiar.

En este sentido el artículo 81.4 de dicho Código de Derecho Foral dispone que: “*Cuando la vivienda familiar sea propiedad de los progenitores, el Juez podrá acordar también su venta si es necesaria para unas adecuadas relaciones familiares.*”

También la Ley 5/ 2011, 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (BOE Nº 98, 25 de abril de 2011) establece en su artículo 6: *“1. A falta de pacto entre los progenitores, en los casos de régimen de convivencia compartida, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda. En el caso de atribuirse la vivienda familiar uno de los progenitores, si ésta es privativa del otro progenitor o común de ambos, se fijará una compensación por la pérdida del uso y disposición de la misma a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatario teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso. Tal compensación podrá ser computada, en todo o en parte, como contribución a los gastos ordinarios con el consentimiento de quien tenga derecho a ella o en virtud de decisión judicial. El mismo régimen jurídico se aplicará a los supuestos en los que se atribuya la convivencia con los hijos e hijas menores a uno solo de los progenitores.*

2. Salvo acuerdo en contrario entre los progenitores, en ningún caso se adjudicará una vivienda, aunque hubiera sido la residencia familiar habitual hasta el cese de la convivencia entre los progenitores, si es de carácter privativo del progenitor no adjudicatario o común de ambos y el progenitor al que se adjudica fuera titular de derechos sobre una vivienda que le faculden para ocuparla como tal residencia familiar. Si durante la ocupación como vivienda familiar de la perteneciente al otro progenitor o a ambos, se incorporasen al patrimonio del cónyuge adjudicatario tales derechos, éste cesará en el uso de la vivienda familiar que ocupase hasta tal momento salvo acuerdo entre los progenitores y previa decisión judicial en su caso.

3. En los supuestos de los dos apartados anteriores, la atribución de la vivienda tendrá carácter temporal y la autoridad judicial fijará el período máximo de dicho uso, sin perjuicio de que tal uso pueda cesar o modificarse, en virtud de decisión judicial, cuando concurren circunstancias que lo hagan innecesario o abusivo y perjudicial para el progenitor titular no adjudicatario.”

Y la Ley 25/ 2010, 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia (BOE Nº 203, 21 de agosto de 2010) señala en su artículo 233-20 que:” 1. *Los cónyuges pueden acordar la atribución del uso de la vivienda familiar con su ajuar a uno de ellos, a fin de satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de éste. También pueden acordar la distribución del uso de la vivienda por períodos determinados.*

2. *Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponde la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.*

3. *No obstante lo establecido en el apartado 2, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge más necesitado en los siguientes casos:*

- *Si la guarda de los hijos queda compartida o distribuida entre los progenitores.*
- *Si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad.*
- *Si pese a corresponderle el uso de la vivienda por razón de la guarda de los hijos es previsible que la necesidad del cónyuge se prolongue después de alcanzar los hijos la mayoría de edad.*

4. *Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.*

5. *La atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, en los casos de los apartados 3 y 4, debe hacerse con carácter temporal y es susceptible de prórroga, también temporal, si se mantienen las circunstancias que la motivaron. La prórroga debe solicitarse, como máximo, seis meses antes del vencimiento del plazo fijado y debe tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.*

6. La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos.

7. La atribución del uso de la vivienda, si esta pertenece en todo o en una parte al cónyuge que no es beneficiario, debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge.”

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El primer criterio legal para la atribución del uso de la vivienda familiar deriva del primer inciso del artículo 96 CC⁵¹⁶, permitiéndose en el mismo que los cónyuges puedan instrumentar, a través del convenio regulador, la atribución del uso de la vivienda familiar, otorgándose a las partes un amplio campo de libertad de pacto. Si bien, teniendo siempre en cuenta, que cuando existan hijos menores, el punto de referencia para decidir sobre la atribución del uso de la vivienda, sea titularidad de uno o de otro progenitor, y con independencia del resto de las circunstancias de las partes, será el interés del menor.

La STS 221/ 2011, de 1 de abril (rec.1456/ 2008)⁵¹⁷ que resolvía el recurso planteado en una separación entre dos personas que no habían contraído matrimonio, señalaba que lo que se discute no son los efectos económicos o de otro tipo que la finalización de la convivencia plantea a los convivientes, sino que se refiere a la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos. Se trata, por tanto, de una cuestión que debe ser resuelta teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño, pues el principio que aparece como prevalente es el del interés del menor. El TS aplicó analógicamente el artículo 96 CC, dado que las normas sustantivas sobre separación y divorcio se vienen aplicando por analogía a los procedimientos verbales sobre guarda y custodia, lo que determina la identidad de casos, es decir, los supuestos en los que se atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio.

Así la mencionada STS 221/ 2011 en su Fundamento de Derecho Quinto formuló la siguiente doctrina: *“La atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de*

⁵¹⁶ Artículo 96 CC: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular, se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.”

⁵¹⁷ STS 221/2011, de 1 de abril de 2011 (rec.1456/2008) (LA LEY 14453/2011)

edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC.”

Ha considerado el TS que lo dispuesto en el artículo 96 CC “, es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, pues el interés que se protege en ellas no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá ser a su vez controlado por el Juez para evitar que se puedan producir perjuicios.

Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual podría implicar la vulneración de los derechos de los menores, contemplados en los artículos 14 y 39 CE, y desarrollados por la LO 1/ 1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del menor.

En esta línea, La STS 236/ 2011, de 14 de abril⁵¹⁸ (rec.2176/ 2008) estimó el recurso de casación, atribuyendo a la madre en calidad de progenitor custodio del menor, el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar sin el límite temporal que solicitaba la parte demandada, y ello sin perjuicio de los acuerdos a que pudiesen llegar a alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial. Reiterándose que la regla del artículo 96 CC es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras.

Y la STS 304/2012, de 21 de mayo de 2012⁵¹⁹ (rec.1067/ 2011) relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor custodio aunque no se había pedido en la

⁵¹⁸ STS 236/2011, de 14 de abril de 2011 (rec.2176/ 2008) (LA LEY 52203/ 2011) El Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valladolid estimó parcialmente la demanda de divorcio acordando, entre otras medidas, atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor, el uso de la vivienda familiar sin límite temporal. La AP de Valladolid, Sección 1ª, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado en el sentido de limitar temporalmente el uso y disfrute de la vivienda al momento en que se produjera la liquidación de la sociedad ganancial. El TS estimó el recurso de casación interpuesto por la madre, casó y anuló la sentencia recurrida, y repone la medida de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en cuanto al uso de la vivienda.

⁵¹⁹ STS 304/2012, de 21 de mayo de 2012 (rec.1067/ 2011) (LA LEY 58422/ 2012) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº3 de Navacarnero y la AP de Madrid, Sección 24ª) acordaron el divorcio de los litigantes y una serie de medidas relativas a la guarda y custodia de la hija, que se atribuyó a la madre. Sin embargo, no se atribuyó el uso de la vivienda familiar, habida cuenta de que la demandante no lo solicitó en el escrito de demanda. El TS estimó el recurso de casación formulado por la demandante, casó la sentencia recurrida, y en su lugar, dictó sentencia atribuyendo el uso del domicilio familiar a la hija y a su madre como progenitor custodio.

demanda, estimando el Tribunal que el principio de rogación no se aplica en los procesos matrimoniales respecto de aquellas medidas que el Juez debe acordar de oficio para proteger el interés de los menores, pues de acuerdo con el artículo 91 CC la atribución de la vivienda conyugal conforme al artículo 96 CC se realizará al cónyuge en cuya compañía quede el hijo menor de edad. Además el artículo 774.4 LEC establece que el Juez determinará en la sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar. Así, arguye la susodicha Sentencia: *“El principio protegido en esta disposición, el interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación. (Artículo 142 CC) La atribución de la vivienda familiar es una forma de protección que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio, o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios.”*

También, la STS 325/2012, de 30 de mayo de 2012 ⁵²⁰(rec.1132/ 2011) relativa a la modificación de las medidas adoptadas en el procedimiento de separación matrimonial, viene a establecer en cuanto a la atribución del uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre en cuanto titular de la patria potestad rehabilitada que: *“El artículo 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial. Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta ser el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/ 2011, 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”*

⁵²⁰ STS 325/2012, de 30 de mayo de 2012 (rec.1132/ 2011) (LA LEY 69264/ 2012) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº22 de Madrid y la AP de Madrid, Sección 22ª) estimaron la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de separación, en el sentido de dejar sin efecto la pensión de alimentos acordada a favor de la esposa, y la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de ésta y del hijo mayor de edad. El TS estimó el recurso de casación formulada por la madre, casó en parte la sentencia recurrida manteniendo la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la progenitora.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitado la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo por sentencia de incapacitación de 3 de diciembre de 2010, corresponde- según la mencionada Sentencia- el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia.

Frente a esta tendencia jurisprudencial, se aprecia otra, que se refleja en las Sentencias de las AP⁵²¹, y que tiene su reflejo legal, en el artículo 233-20 de la Ley 25/ 2010, 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia (BOE Nº 203, 21 agosto de 2010) y en el artículo 81.1 del Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Real Decreto Ley 1/ 2011, 22 de marzo, en las que se considera más oportuno que la atribución del uso de la vivienda familiar se realice de forma temporal, pues el artículo 96 CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio Así, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, 4 de junio de 2008 (nº 385/2008) (rec.124/ 2008)⁵²² atribuyó el uso exclusivo de la vivienda a la madre y al menor por el plazo de tres años a contar desde la sentencia de apelación, plazo que se concede para liquidar la sociedad de gananciales, transcurrido el cual si no se hubiere liquidado la sociedad de gananciales, la vivienda pasaría a ser utilizada conforme a las normas ordinarias de los bienes en condominio.

A nuestro juicio, la realidad social, con la carestía de viviendas en la sociedad actual, parece considerar más acertada esta decisión de limitar el derecho de uso de la vivienda familiar, fijándose un término final, que habría de tomar en consideración el momento de liquidación de la sociedad de gananciales, estableciéndose un plazo máximo para que tenga lugar esa liquidación. Así, se protegerían, por un lado, los intereses de los hijos y del cónyuge custodio, pero también el interés del otro progenitor, que de otro modo se vería excluido indefinidamente del uso de la vivienda, pero soportando el gravamen de la hipoteca, y por ende las perjudiciales consecuencias de la crisis matrimonial. Se aboga, por tanto, por la posibilidad de que

⁵²¹ SAP de A Coruña, Sección 3ª, 5 de abril de 2013 (rec.497/ 2012) (LA LEY 57159/ 2013)

⁵²² SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, de 4 de junio de 2008 (rec.124/2008) (LA LEY 125826/2008)

los Tribunales fijen con carácter temporal el uso del domicilio familiar, cuando los recursos económicos de los cónyuges permitan garantizar a los menores un alojamiento adecuado, y sean capaces de satisfacer sus necesidades si se reparten el producto de la venta de la vivienda familiar o si se adjudica, en la liquidación de la sociedad de gananciales, a uno solo de ellos indemnizando al otro en la mitad de su valor. Con lo que la tendencia debiera ser el uso temporal de la vivienda como regla general y el uso indefinido como excepción, únicamente cuando de ninguna otra forma pueda garantizarse el derecho a una vivienda de los menores, debiéndose valorar por el Juez otras muchas circunstancias que vienen a concurrir en cada supuesto concreto, tales como, los medios económicos de cada progenitor, la titularidad del inmueble, la posibilidad real de la parte que no tiene atribuido el uso de poder acceder a una vivienda....

En esta línea, el interés del progenitor no custodio de disponer de su parte del bien (vivienda familiar) normalmente más importante de la economía familiar con el objeto de rehacer su vida, estando, en todo caso, atendido el interés prioritario de su prole de disponer de una vivienda adecuada, debe ser también atendido por el juzgador en aras a no generarle una situación precaria frente a la posición del progenitor custodio.⁵²³

El menor tiene derecho a que los progenitores le procuren alojamiento, por estar ínsita ésta prestación en el contenido de la patria potestad, debiendo acomodarse los derechos alimenticios de los hijos a la nueva situación económica familiar, quizás menos holgada, al no acumularse los ingresos de ambos progenitores, pero si suficiente y adaptada a la nueva situación económica familiar, habida cuenta que la cuantía de alimentos(entre los que se encuentra la habitación) debe ser proporcionada no sólo a las necesidades de quien los recibe sino a los medios de quién los da, conforme al artículo 146 CC, y qué duda cabe, que las crisis matrimoniales equivalen, en buena parte de los casos, a una crisis patrimonial con reducción de los recursos económicos del núcleo familiar, al disgregarse y separarse recursos entre los

⁵²³ MORENO VELASCO V. *“La atribución del uso de la vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores.”* Diario La Ley Nº 7843, Año XXXIII 23 de abril de 2012, Ref D-167. Editorial La Ley, 2012.

cónyuges, que reunidos y sumados, cuando el núcleo familiar estaba unido, tenían un potencial económico que tras la separación resulta disminuido.

La STS 451/ 2011, de 21 de junio ⁵²⁴(rec.1766/ 2008) atribuyó el uso de la vivienda familiar al menor y a la madre titular de la guarda y custodia, reiterándose la doctrina jurisprudencial que establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el artículo 96 CC.(STS 221/ 2011, 1 de abril LA LEY 14453/ 2011; STS 236/ 2011, 14 de abril LA LEY 52203/ 2011)

El TS en la mencionada sentencia 451/ 2011, 21 de junio (rec.1766/ 2008) estimó el recurso de casación interpuesto por la madre, casó la sentencia recurrida y atribuyó el uso de la vivienda familiar al menor y a la madre sin ninguna limitación, entendiendo la Sentencia que: *“La sentencia recurrida limita el uso de la vivienda familiar al fijar como fecha de finalización un momento que nada tiene que ver con la emancipación del hijo, así la sentencia recurrida obvia la existencia del hijo, cuando es lo determinante para acordar, entre otras cosas, la atribución de la vivienda familiar.*

El artículo 96 CC no permite establecer ninguna limitación del uso de la vivienda a los menores, mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que a su vez deberá ser controlado por el Juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derecho que la CE incorporó al Ordenamiento Jurídico español en los artículos 14 y 39, que después han sido desarrollados por la L.O 1/ 1996 de Protección Jurídica del Menor.”

A nuestro juicio, podemos criticar la STS 451/ 2011(rec.1766/ 2008) por entender que, representa un paso atrás respecto de lo que la doctrina viene propugnando en lo

⁵²⁴ STS 451/ 2011, 21 de junio (rec.1766/ 2008) (LA LEY 90854/ 2011) El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Teide estimó la demanda de divorcio y entre otras medidas, atribuyó al hijo menor y a la madre el uso del domicilio conyugal durante dos años a partir de la fecha de la sentencia. La AP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3ª, revocó la sentencia del Juzgado en el único sentido de establecer que el uso exclusivo de la vivienda se concedía a la madre y al hijo por un plazo de tres años a contar desde la sentencia de apelación. El TS estimó el recurso de casación interpuesto por la madre, casa la sentencia recurrida y en su lugar atribuye el uso de la vivienda familiar al hijo y a su madre sin ninguna limitación.

relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, así, se señala que la atribución del uso de la vivienda familiar debe ir principalmente ligada a la guarda de menores, por ser éste el interés más digno de protección, pero ello no implica que no se puedan poner límites temporales a la atribución de tal derecho de uso, por cuanto que habrán de conjugarse y equilibrarse todos los intereses, incluyéndose también, los de aquel cónyuge que ha sido desprovisto del uso de la vivienda familiar, más aún cuando la LEC permite que las medidas provisionales tomadas en los procesos de nulidad matrimonial, separación y divorcio, hayan sido decididas por mutuo acuerdo de las partes en el convenio regulador, o en forma contenciosa por sentencia judicial, pueden ser modificadas solicitándolo previamente al Juez, conforme dispone el artículo 775. 1 LEC: *“El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores e incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del Tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.”* De igual modo, el artículo 90 CC señala que: *“Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.”*

En términos similares, la STS 499/2012, de 13 de julio de 2012 ⁵²⁵(rec.1148/ 2010) en la que se resuelve un recurso de casación, alegándose la infracción del artículo 96 CC, se reitera de nuevo la doctrina de la STS 221/ 2011, 1 de abril, entendiéndose que la atribución del uso de la vivienda familiar es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser temporalmente limitada por el Juez.

El TS, en todas las Sentencias que hemos mencionado realiza una interpretación literal y rígida del artículo 96 CC, entendiendo que salvo que exista acuerdo de las partes y el mismo sea aprobado por el Juez, al no considerarlo lesivo para los menores, el uso de la vivienda familiar, habiendo hijos menores de edad, se debe atribuir a estos, sin limitación temporal alguna.

⁵²⁵ STS 499/2012, de 13 de julio de 2012 (rec.1148/ 2010) (LA LEY 134899/ 2012) El Juzgado de Violencia sobre la mujer nº1 de Vigo estimó la demanda de divorcio y adoptó las medidas correspondientes. La AP de Pontevedra, Sección 6ª, revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y modificó los pronunciamientos relativos al régimen de visitas, pensión compensatoria y atribución del uso de la vivienda familiar, suprimiendo el límite temporal en la atribución al hijo de la vivienda familiar. El TS desestimó el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación formulado por el progenitor paterno.

El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº173, 20 de julio de 2013) modifica el artículo 96 CC⁵²⁶ en cuanto al destino de la vivienda familiar priorizando el interés superior de los

⁵²⁶ Artículo 96 CC del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio:”1. El Juez podrá aprobar, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los menores, las medidas que pacten los progenitores sobre el lugar o lugares de residencia de los hijos menores o con la capacidad judicialmente completada que dependan de ellos, o acordará aquéllas que considere procedentes en congruencia con las medidas acordadas sobre la guarda y custodia de los hijos, debiendo quedar, en todo caso, garantizado adecuadamente su derecho a una vivienda digna. Igualmente deberá determinarse un domicilio de los menores a efectos de empadronamiento.

2. Cuando no se hubiera podido dar un destino definitivo a la vivienda familiar, enseres y ajuar existentes en el mismo, la atribución de su uso se hará `por el Juez en función de lo que sea más conveniente para los intereses de los hijos. Cuando alguno de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

En todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por períodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de sus hijos.

3. En el caso de atribuirse el uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores por otorgarle la guarda y custodia de los hijos y ésta fuera privativa del otro progenitor o común de ambos, lo será hasta que tenga la obligación de prestarles alimentos o se liquide la vivienda. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble en los términos indicados. De continuar teniendo dificultades para encontrar vivienda, o en el supuesto de no haber podido realizar su liquidación en ese tiempo, con carácter excepcional, podrá solicitarse, con tres meses de antelación, una prórroga por un año, debiendo tramitarse por el procedimiento establecido para la modificación de medidas definitivas.

4. La atribución a uno solo de los progenitores del uso de la vivienda se tendrá en cuenta al fijar la cuantía de la pensión de alimentos y de la prestación compensatoria que eventualmente tenga que abonar el otro cónyuge.

5. Mientras se mantiene la atribución de uso, los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y las tasas corren a cargo del cónyuge beneficiario del derecho de uso, siendo los extraordinarios y el pago de los impuestos a cargo del propietario o propietarios conforme a lo dispuesto en el título. Excepcionalmente, atendiendo a la capacidad económica de los cónyuges y sus necesidades, el Juez podrá acordar que sea el cónyuge a quien no se le haya atribuido el uso de la vivienda quien se haga cargo de todos o parte de los gastos ordinarios.

En el supuesto de vivienda con carga hipotecaria o con obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse por los cónyuges de acuerdo con lo dispuesto en el título de constitución.

6. Para disponer de la vivienda cuyo uso haya sido atribuido a los hijos menores cuya guarda y custodia sea ejercitada por un progenitor, ya fuera privativa del otro o común , se precisará el consentimiento de ambos, debiendo poner en conocimiento del Juzgado el cambio de residencia de los menores o, en su defecto, la autorización judicial.

7. Si los cónyuges poseyeran la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución judicial de su uso quedarán limitados a lo dispuesto por el título, de acuerdo con la ley.

Cuando los cónyuges detentaran la vivienda por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acabarán cuando éste reclame su restitución, debiendo preverse, para tal caso, la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o pensión compensatoria, en su caso, a la nueva situación.

8. El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a un cónyuge se podrá inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad.”

menores por encima de cualquier otra consideración, sin desatender también los intereses del cónyuge que más dificultades tenga tras la ruptura de la convivencia para poder acceder a una vivienda, señalándose expresamente en el número 2 apartados segundo y tercero del citado precepto que:” *La atribución del uso de la vivienda familiar, en todo caso, siempre que no fuera atribuido su uso por períodos alternos a ambos progenitores, y fuera compatible con los intereses de los hijos, se atribuirá al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda, si el régimen de guarda y custodia de los hijos fuera compartida entre los progenitores o si los cónyuges no tuvieran hijos o éstos fueran mayores de edad.*

Excepcionalmente, aunque existieran hijos menores o con la capacidad judicialmente completada dependientes de los progenitores, el Juez puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda y custodia si es el más necesitado y el progenitor a quien corresponde la guarda y custodia tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos.”

Estableciéndose en el mencionado artículo 96.3 CC que la atribución de la vivienda familiar tendrá carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos, si se hubiere atribuido la vivienda a dicho cónyuge por tener la guarda y custodia de los hijos. En los demás supuestos, lo será por un tiempo máximo de dos años, mientras se procede a la liquidación del inmueble.

A nuestro juicio, el Anteproyecto con esta nueva redacción del artículo 96 CC pretende acercarse a las regulaciones autonómicas catalana, valenciana y aragonesa, pero lo hace de forma tan tibia que no resuelve el verdadero problema que se plantea en los supuestos de guarda y custodia: la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge que obtiene la guarda y custodia de los menores de forma indefinida, (“ hasta que tenga obligación de prestarles alimentos”) dado que la limitación temporal de dos años a que alude el artículo 96 CC lo será para aquellos supuestos en que no haya hijos comunes.

Así pues considero, que si bien el artículo 96 CC se limita a señalar que se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no esgrime que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin de derecho de alimentos de los hijos o de la convivencia con el

progenitor custodio. De ahí que pese a haberse suavizado el automatismo del artículo 96 CC, fijándose vía legal una aplicación del mismo a favor del interés más necesitado de protección, salvaguardando siempre el derecho de uso de los hijos para habitar una vivienda en su entorno habitual, concediendo al Juez la facultad para acordar, atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, o la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o la adjudicación a uno de ellos, abonándosele al otro cónyuge el importe que le correspondiese por la venta, no se ha establecido en el Anteproyecto de Ley, en los supuestos de existencia de hijos comunes unos plazos máximos legales de asignación del uso de la vivienda familiar.

En relación al uso de la vivienda familiar se pone de manifiesto la insuficiencia del régimen previsto en el actual artículo 96 CC a la hora de conjugar el interés del menor de ostentar una vivienda digna en la que residir y los intereses patrimoniales de los progenitores.⁵²⁷

De igual modo, también podría pactarse en el convenio regulador la inclusión de cláusulas contractuales, por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar, y en caso de no haberse pactado en el convenio regulador, la extinción del derecho de uso por dicha circunstancia, podría solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas del artículo 775 LEC, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido.

No podemos, sin embargo, obviar la STS 426/2013, de 17 de junio de 2013⁵²⁸(rec.1789/ 2011) y que parece marcar una cierta ruptura con la tendencia anterior,

⁵²⁷ PICANTO NOVALES T. *“La custodia compartida a debate.”* Cuadernos Bartolomé de las Casas. Edit. Dykinson. Madrid, 2012. Página 61.

⁵²⁸ STS 426/2013, de 17 de junio de 2013 (rec.1789/ 2011) (LA LEY 87809/ 2013) El Juzgado de Primera Instancia nº1 de Colmenar Viejo estimó la demanda de divorcio, y entre otras medidas, atribuyó el uso del domicilio familiar al hijo menor de edad y a su madre en cuanto progenitor custodio. La AP de Madrid, Sección 22ª, revocó en parte la sentencia del Juzgado en el sentido de limitar a tres años el uso de la vivienda. El TS desestimó el recurso de casación interpuesto por la madre.

al atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo menor y a la madre custodio por un período de tres años desde la fecha de la resolución, transcurridos los cuales ambos deberán desalojar el inmueble a fin de facilitar las operaciones divisorias, pudiendo ocupar otra vivienda de titularidad común a fin de cubrir las necesidades cotidianas de alojamiento del hijo. El TS en esta novedosa Sentencia argumenta que, si bien el artículo 96 CC pretende al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven, que a la separación de los cónyuges que amenaza su bienestar pueda sumarse la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta ese momento, con la evidente repercusión negativa sobre el menor. Si bien entiende el TS en esta Sentencia, que dos factores pueden eliminar el rigor de la norma cuando no hay acuerdo de los progenitores:

1. El carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, pues una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta, que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines propios del matrimonio.
2. Que el hijo no precise la vivienda, por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación por otros medios.

Como venimos argumentando el interés del menor es la suma de varios factores que tienen que ver con las circunstancias personales y las necesidades afectivas de los hijos, así como con circunstancias familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible cualquier factor de riesgo en la estabilidad del menor. En el supuesto contemplado en la STS de 17 de junio de 2013 (rec.1789/ 2011) al menor y a la madre durante tres años en una vivienda, para con posterioridad a ese plazo pasar a ocupar otra vivienda de titularidad común, en modo alguno vulnera el interés del menor, dado que se da una respuesta de alojamiento al menor, manteniéndose además un status similar al que disfrutaba hasta ese momento.

La STS 5/2015, de 16 de enero de 2015 (rec.2178/2013)⁵²⁹ señala que: *“El interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en*

⁵²⁹ STS 5/2015, de 16 de enero de 2015 (rec.2178/2013) (LA LEY 3018/2015) La AP de Vizcaya estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante, declara extinguido la atribución del uso en favor del menor de la vivienda del recurrente y les atribuye el de la vivienda de la que ambos litigantes son propietarios. El TS entiende que el interés del menor no queda mermado por el

una situación de crisis de la pareja. Esta Sala ha señalado como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, no obstante, se han introducido algunas excepciones a la medida de uso cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: una, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otra, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios, solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor. La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del CC, es la de proteger el interés del menor asegurándole en todo caso el uso de una vivienda, pero ello no impide que en caso de existir más viviendas en las que el interés del menor quede igualmente protegido, esto es, que tenga cubierta su necesidad de vivienda, en tal caso, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad sobre la vivienda.”

Considero que, la necesaria modificación del artículo 96 CC por el Anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental permitirá una interpretación del mismo más flexible y acorde a la realidad social de los tiempos actuales y, por ende, a la situación de la mujer en ellos, debiendo valorare, así mismo, la incidencia en las economías familiares de la adquisición de la vivienda habitual y de la hipoteca vinculada a la misma. Pues la protección del interés de los menores, no pasa solamente por adjudicarle el uso de un inmueble determinado, sino por garantizarle un derecho de habitación digno, tanto cuando se halla con su progenitor materno, como cuando se halla con su progenitor paterno, para que ambos puedan seguir ejerciendo su rol de padres, garantizándose además, unos apoyos económicos adecuados para cada miembro de la familia.

A nuestro juicio, si algo podemos criticar al Anteproyecto de Ley sobre corresponsabilidad parental sería el que, debía haber sido algo más ambicioso en su

cambio de domicilio, quedando satisfechas sus necesidades de habitación a través de la vivienda alternativa que había señalado la sentencia recurrida.

reforma del artículo 96 CC de forma que se hubiera procedido a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, que deberían atender a las concretas circunstancias de cada núcleo familiar, y en todo caso, salvaguardando y protegiendo siempre los intereses de los hijos menores de edad.⁵³⁰

⁵³⁰MARTÍN MELÉNDEZ M^a T. “*Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (Artículo 96 CC)* Teoría y Práctica judicial. Edit. Aranzadi, Navarra, 2005. Página 96 “El fundamento de la privación del uso de la vivienda al titular a favor del no titular, en caso de atribución a éste, sería el deber de los padres de velar por sus hijos menores y el principio de buena fe post contractual, como originador de obligaciones y límites en el ejercicio de los derechos.”

3. CUSTODIA COMPARTIDA Y PENSIÓN DE ALIMENTOS

Por imperativo constitucional (Art. 39.3 CE) los progenitores deben de prestar asistencia de todo orden a los hijos, asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos⁵³¹ que deberán satisfacerse en medida proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe (Art. 146 CC)⁵³²

Esta obligación de prestar alimentos se va a configurar como una “deuda alimentaria”⁵³³ que precisará de la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo.⁵³⁴

Se ha sostenido que las deudas alimenticias tienen el carácter de deudas de valor, de modo que el alimentista acreedor reciba mediante prestaciones sucesivas una suma dineraria con el valor real que tenía la cantidad en la fecha en que fue establecida.⁵³⁵

⁵³¹ Artículo 142 CC: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Entre los alimentos e incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.”

⁵³² Artículo 146 CC: “La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.”

⁵³³ Artículo 148 CC: “La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos; pero no se abonarán sino desde la fecha en la que se interponga la demanda.

Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente.

El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una entidad pública u otra persona y proveer a las necesidades futuras.”

JIMÉNEZ LINARES M. J. “*La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias.*” En *Aranzadi Civil- Mercantil, Volumen III, Sección Estudio. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999.* Página 3. <<El derecho a percibir alimentos es imprescriptible, no obstante la acción para reclamar el cumplimiento de las pensiones alimenticias atrasadas prescribe por el transcurso de cinco años. (Art. 1966.1 CC) >>

⁵³⁴ BLANDINO GARRIDO M. A. “*Tratamiento de las concretas medidas definitivas derivadas de las sentencias matrimoniales.*” En ÁLVAREZ ALARCÓN A. / BLANDINO GARRIDO M. A. / SÁNCHEZ MARTÍN P. “*Las crisis matrimoniales: Nulidad, separación y divorcio.*” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. Páginas 257-258. <<La obligación de dar alimentos se caracteriza por ser personalísima, lo que conlleva ser irrenunciable, intrasmisible, inembargable y que no puede compensarse con lo que el alimentista debe al obligado a prestarlos. Es indisponible, es decir, se prohíbe la transacción sobre alimentos futuros, esto es, sobre el derecho a percibir alimentos. (Art. 1814 CC) >>

⁵³⁵ JIMÉNEZ LINARES M. J. “*La modificación de la pensión de alimentos.....*” *Ul. loc. cit* Página 6.

El establecimiento de esta pensión alimenticia puede ser acordada por los progenitores en el convenio regulador, o en defecto de acuerdo entre ambos, corresponderá a la autoridad judicial la fijación de su importe conforme al principio de proporcionalidad. Principio de proporcionalidad, en virtud del cual, la contribución de cada progenitor será valorada conforme a sus situación concreta, de modo que, con la mutua aportación sean cubiertas necesidades de los hijos tales como, la alimentación, el vestido, la educación, el ocio, y en cuantía suficiente, no sólo para cubrir el mínimo vital imprescindible, sino para mantener, en la medida de lo posible, una situación similar o parecida a la mantenida durante la normalidad de la convivencia familiar.⁵³⁶

A este respecto, la SAP de Madrid, Sección 22ª, de 12 de diciembre de 2005 (nº801/2005) (rec.207/2005) sostenía que: <<La contribución del progenitor apartado de los hijos a los alimentos habrá de fijarse tomando como referencia no sólo sus ingresos, sino también las efectivas necesidades de los hijos según los usos y las circunstancias de la familia (Arts. 1319 y 1362 CC) y los recursos y disponibilidades del guardador (Arts. 93, 145.1 y 1438 CC) aunque en la contribución de éste haya de computarse la atención de los hijos confiados a su guarda (Arts. 103 y 1438 CC) >>

Conforme a lo anterior, el régimen de custodia compartida no va a significar la exoneración de las cargas alimenticias por parte de los progenitores, sino una ordenación consensuada y predeterminada de las mismas, debiendo preverse un sistema consensuado de toma de decisiones respecto de su devengo dotado de las suficientes garantías recíprocas.⁵³⁷ En este sentido, la modalidad de custodia compartida no exime la aplicación del criterio de la proporcionalidad que exige el artículo 146 CC, si bien, deberá concretarse el modo en que ambos progenitores van a contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos.⁵³⁸

A nuestro juicio, sería conveniente establecer una contribución individualizada en función de las respectivas capacidades económicas de los progenitores, y las correlativas necesidades de los hijos, debiendo ser abonada una suma adecuada para la cobertura de las necesidades ordinarias. Siendo ello compatible, con la fijación de un

⁵³⁶ DEL VAS GONZÁLEZ J. M. “Instituciones Jurídicas de Protección....” Op. Cit., Página 268.

⁵³⁷ ORTUÑO MUÑOZ P. “El nuevo régimen jurídico.....” Op. Cit., Página 69.

⁵³⁸ Se ha admitido, a estos efectos, que la pensión pueda revestir la forma de pago directo de los gastos del niño, esto es, no siempre la pensión habrá de adoptar la forma de entrega de un determinado numerario al otro progenitor.

porcentaje de contribución destinado a dar cobertura a las necesidades o gastos extraordinarios.⁵³⁹

En la STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.890/ 2014)⁵⁴⁰ el TS realiza una pormenorización de lo que pueden considerarse gastos extraordinarios (se abonarán al 50% por ambos progenitores) y lo que puede considerarse gastos ordinarios a abonar respectivamente por los progenitores, así señala el TS:” Se entiende por gastos extraordinarios: las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico; determinados gastos médicos: odontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia), logopeda, psicólogo, prótesis, fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que pudieran tener las partes.

Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia: los de vestido, educación, (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA.....) ocio, excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor. Son gastos ordinarios no usuales: las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, baile, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones (tales como la primera Comunión...) Los gastos de colegio privado deben ser consensuados de forma expresa y escrita para poder compartir el gasto, y a falta de acuerdo serán sufragados por quien haya tomado la decisión de forma unilateral, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para poder compartir el gasto, al no revestir carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de la acción del artículo 156 CC, si la discrepancia estriba en si deben o no los

⁵³⁹ JIMÉNEZ LINARES M. J. “*La modificación de la pensión de alimentos....*” *Op. Cit.*, Página 8. <<El gasto extraordinario tiene como naturaleza la de ser puramente eventual, falto absolutamente de continuidad o permanencia prolongada en el tiempo, siendo esta circunstancia la que aconseja mantenerlo al margen de la pensión de alimentos. >>

⁵⁴⁰ STS 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.890/ 2014) (LA LEY 10275/ 2015) El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de divorcio presentada, atribuyendo a la madre la custodia exclusiva del hijo común, y otorgando un régimen amplio y flexible de visitas a favor del progenitor paterno. La AP de Sevilla desestimó el recurso de apelación por entender en su FDD tercero que el grado de conflictividad entre los progenitores era contrario al clima de diálogo, comunicación y entendimiento necesarios para el establecimiento de un régimen de custodia compartida, que a la postre se convertiría en un semillero de problemas que incidiría negativamente en la estabilidad del menor. La STS, no obstante, estimó el recurso de casación interpuesto, y acordó un régimen de custodia compartida en el que el reparto del tiempo atendería a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

menores realizar la actividad. En cualquier caso, los anteriores listados no tienen carácter exhaustivo. “

También, la SAP de Barcelona, Sección 12ª, de 11 de junio de 2009 (nº410/2009) (rec.778/2008) alegaba que: <<*Estos gastos extraordinarios, cuando concurren deben ser satisfechos por mitad por ambos progenitores, mientras que los gastos extraescolares (viajes, excursiones, estancias escolares....) que no participan de los caracteres de gastos extraordinarios y ordinarios deberán ser satisfechos por un cincuenta por ciento por cada uno de los progenitores, siempre que conste acuerdo sobre su realización, resolviendo la autoridad judicial, en caso de discrepancia sobre la necesidad o conveniencia de los mismos, sin ulterior recurso.* >>

En este sentido, se ha sostenido que cuando ambos progenitores tuvieren ingresos parecidos y/o patrimonio, y la custodia compartida se hubiere establecido por periodos alternos, no parece lógico que se haya de realizar una asignación económica a favor de los hijos, sin perjuicio de que los gastos escolares y los extraordinarios puedan ser divididos por mitad entre ambos progenitores.⁵⁴¹ En esta línea, se ha considerado que en el caso de guarda y custodia compartida, cada progenitor, en principio, deberá soportar y sufragar los gastos de manutención que se generen durante los periodos de tiempo que los hijos permanezcan con cada uno de los progenitores. En cuanto a los demás gastos, se podrían articular varias modalidades, a saber, ser satisfechos por mitad cuando se produzcan, calcular un porcentaje de contribución para la cobertura de necesidades extraordinarias, abrir una cuenta bancaria común con aportaciones mensuales equitativas de cada parte, fijar sumas finales que compensen lo anticipado por uno de los progenitores.....⁵⁴²

De otro lado, la Ley 15/2005, de 8 de julio no alteró la regulación relativa a la obligación de pago de alimentos, ni los criterios para la determinación de su cuantía en los supuestos de custodia compartida. Así, en el artículo 90 CC solamente modificó el encabezado y el apartado A), el cual se concretó en la contribución de cada progenitor a los alimentos, así como sus bases de actualización y garantías (Art. 90. D del CC)

⁵⁴¹ TAPIA PARREÑO J. J. “La custodia compartida....” *Op. Cit.*, Página 241.

⁵⁴² LÁZARO PALAÚ C. M. “La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2008. 1ª Edición.

Así mismo, el artículo 92 CC señala en su primer número que: *“La nulidad, la separación y el divorcio no eximen a sus padres de sus obligaciones para con sus hijos.”*

No obstante, el precepto omite precisar cualquier referencia a la pensión alimenticia de los hijos. Y el artículo 93 CC se limita a establecer que el juez determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos.

Así pues, debemos acudir a la doctrina⁵⁴³ para realizar una aproximación a los presupuestos y formas para fijar la pensión alimenticia en los supuestos de implementación del régimen de custodia compartida. El contenido de dicha contribución o el modo y forma de abonarla podrá revestir fórmulas diversas en atención a lo que se hubiese pactado con relación a la guarda y custodia. En el convenio regulador los progenitores podrán establecer un sistema de pago convencional (aportación de una pensión en la cuenta del otro progenitor) o bien establecer otras fórmulas para el pago de la pensión. Entre las distintas modalidades que podrían acogerse en el convenio regulador destacamos:

1. Establecimiento de un fondo común o una cuenta bancaria.
2. Establecimiento de una cláusula en virtud de la cual cada progenitor contribuirá al pago de los gastos de su hijo durante los períodos en que se halle bajo su custodia.
3. Establecer una prestación pecuniaria fija a cargo de cada uno de los progenitores.
4. Establecer una pensión a favor de uno de los progenitores.

1. Establecimiento de un fondo común o una cuenta bancaria,⁵⁴⁴ en la que ambos progenitores abonarán una suma de dinero mensual, previamente pactada, en la que se cargarán varios gastos fijos. (Por ejemplo, el pago del centro escolar) A partir de esa

⁵⁴³ CASTILLO MARTÍNEZ C. C. *“La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio.”* En *Actualidad Civil*, núm. 15, Quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, Tomo II. Edit. La Ley, Madrid, 2007. Página 12. <<Será admisible cualquier sistema que los progenitores puedan establecer, con tal de que se garantice el derecho de los hijos a ser educados y mantenidos por aquellos, y el derecho irrenunciable de los hijos a percibir alimentos. >>

DEL VAS GONZÁLEZ J. M. *“Instituciones jurídicas de Protección.....”* Op. Cit., Página 269.

GUILARTE MARTÍN-CALERO C. *“Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil...”* Op. Cit., Página 174-175.

PÉREZ SALAZAR-RESANO M. *“Patria potestad.”* Op. Cit., Página 200. <<En los convenios reguladores podrán admitirse fórmulas que tengan en cuenta la situación de custodia compartida o de periodos de tiempo muy igualitarios entre los progenitores. Los pactos son admisibles aun cuando superen el esquema básico de establecimiento de una prestación ordinaria de un progenitor al otro, a través del pago de una pensión. >>

PINTO ANDRADE C. *“La custodia compartida.”* Op. Cit., Página 87.

ROMERO COLOMA A. M. *“La guarda y custodia compartida...”* Op. Cit., Página 14.

⁵⁴⁴ HERRERA FUENTES P. J. *“Análisis de las reformas más importantes introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio.”* Revista jurídica de Canarias I, abril de 2006. Página 70.

cobertura inicial, podrá fijarse, que los restantes gastos sean sufragados por el progenitor que en cada período concreto ostente la guarda y custodia del menor.

Se ha criticado este sistema por entender que el establecimiento de dicha cuenta bancaria podría generar problemas por el mal uso que uno de los progenitores pudiese hacer de las cantidades aportadas o por el incumplimiento de sus obligaciones.⁵⁴⁵

Frente a ello se ha esgrimido que, la determinación de un fondo o una caja común sería la solución práctica más aconsejable para canalizar los ingresos periódicos y también las aportaciones extraordinarias de ambos progenitores.⁵⁴⁶

2. Establecimiento de una cláusula en virtud de la cual cada progenitor contribuirá al pago de los gastos del hijo durante los períodos en los que se halle bajo su custodia,⁵⁴⁷ fijándose, así mismo, la obligación de contribuir a los gastos extraordinarios en la proporción en la que se pacte.

Se ha afirmado que este sistema sólo sería posible cuando la alternancia fuese por largos períodos de tiempo, que no habrían de coincidir, de otra parte, con el devengo de gastos importantes,⁵⁴⁸ siendo además conveniente que las economías de los progenitores fuesen similares y la distribución de tiempos lo más coincidente posible,⁵⁴⁹ en aras a respetar el principio de proporcionalidad respecto a las obligaciones alimenticias que cada uno de los progenitores habrá de asumir cuando los menores se hallen bajo su cuidado. En caso de existir desproporción entre la situación

⁵⁴⁵ DEL VAS GONZALÉZ J. M. “*Instituciones jurídicas de protección....*” *Op. Cit.*, Página 270.

⁵⁴⁶ CASTILLO MARTÍNEZ C. C. “*La determinación en la guarda.....*” *Op. Cit.*, Página 13.

⁵⁴⁷ SARAVIA GONZÁLEZ A. M. *Op. Cit.*, Página 244. <<No es válido este tipo de modalidad en la que ambos progenitores cumplan con su obligación alimenticia asistiendo y atendiendo directamente al hijo durante los períodos que con ellos respectivamente pasen, pues ello podría dar lugar a situaciones de desequilibrio no deseadas. El establecimiento de un régimen de relación con los hijos con cada uno de los progenitores que, prácticamente, equipare la estancia de dicha descendencia con uno y otro, necesariamente tiene que tener su reflejo al tiempo de fijar el importe de la pensión de alimentos. Ahora bien, en cualquier caso, incluido el supuesto de custodia compartida, se hace necesario que, en el convenio regulador o, en su caso, en la resolución judicial, se incluya una cláusula o medida relativa a la prestación de alimentos y su forma de actualización. >>

⁵⁴⁸ SARAVIA GONZÁLEZ A. M. “*Guarda y custodia compartida.....*” *Ul. loc. Cit.*, Página 245-246. <<En el caso de existir desigualdad de ingresos entre los progenitores o disparidad importante en los períodos de tiempo que los hijos estén con cada uno de ellos, uno de los progenitores deberá entregar al otro, una cantidad dineraria, y éste asumirá el resto de los gastos con sus propios ingresos cuando esté ejerciendo la guarda y custodia. >>

⁵⁴⁹ CASTILLO MARTÍNEZ C. C. “*La determinación en la guarda y custodia de los menores.....*” *Ul. loc. Cit.*, Página 13. <<Esta modalidad será posible siempre que los períodos de alternancia se establezcan con criterios igualitarios. >>

económica de cada progenitor, dicho desequilibrio podría compensarse mediante el respectivo pago de una cantidad que permita su restablecimiento.⁵⁵⁰

En este sentido, se ha criticado esta fórmula por entender que, puede ocasionar desequilibrios entre los progenitores, habida cuenta de que el concepto de gasto extraordinario es indeterminado e inespecífico⁵⁵¹, requiriendo predeterminación y objetivación en cada momento y caso, lo que va a requerir obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el menor.⁵⁵²

3. Establecer una prestación pecuniaria fija a cargo de uno de los progenitores, siendo cada uno de los progenitores responsable directamente de los gastos de alimentación de los hijos en los períodos que se hallen bajo su guarda. En este sentido, la STSJ de Cataluña, Sala 1ª de lo Civil y Penal, de 5 de septiembre de 2008 (nº 31/2008) (rec.134/2007) estableció que cada progenitor asumiría los gastos de alimentos en sentido amplio de las hijas en el período en el que las tuvieran bajo su guarda. Fijándose, así mismo, a cargo del progenitor paterno, el pago de los recibos que se generasen por la educación de las menores, que habrían de abonarse directamente a los correspondientes centros educativos, así como el pago de la mutua media de las menores y el de los gastos generados por los móviles de las mismas.

4. Establecer una pensión a favor de uno de los progenitores, a abonar por el progenitor más solvente económicamente. Pago de una pensión, que en todo caso habrá de ser cuantificada⁵⁵³, y que habrá de hacerse efectivo durante el período en el que el progenitor que carece de ingresos o cuyos ingresos son insuficientes para hacer frente a la cobertura de las necesidades de los menores, ejerza la guarda de los

⁵⁵⁰ SAP de Elche, Sección 9ª, de 24 de abril de 2009 (nº 236/2009) (rec.26/2009) se estableció que cada uno de los progenitores asumiría los gastos de manutención de la hija cuando la tengan bajo su cuidado y, en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios, se precisó que serían satisfechos en un 60% por el padre, y en un 40% por la madre, habida cuenta de la superioridad económica del primero. >>

⁵⁵¹ IVARS RUÍZ J. “Guarda y custodia compartida...” *Op. Cit.*, Página 174. <<En el concepto de gastos extraordinarios deben integrarse aquellas actividades que se vayan a devengar en virtud de ciertas actividades que realice el hijo, y que se acomoden al uso del entorno social en que se desarrolle su vida diaria, siendo normales y frecuentes para lograr la integración del mismo en la sociedad que le rodea, comprendiendo su formación integral otros aspectos del conocimiento en áreas que exceden de lo que es habitual en la enseñanza obligatoria, con matices más propios de una actividad lúdica o recreativa, pero también necesaria para el desarrollo personal, familiar y social del hijo. >>

⁵⁵² DEL VAS GONZÁLEZ J. M. “Instituciones jurídicas de protección.....” *Op. Cit.*, Página 269. <<Ello presupondrá la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otro modo. >>

⁵⁵³ PINTO ANDRADE C. “La custodia compartida.” *Op. Cit.*, Página 87.

hijos.⁵⁵⁴ En tales supuestos, el progenitor más solvente económicamente deberá hacerse cargo de los gastos por medio del pago de una pensión de alimentos, y acumulativamente, del pago directo de ciertos gastos.⁵⁵⁵ Si los ingresos de ambos progenitores fueren suficientes para atender sus propias necesidades y las de los hijos durante los períodos en los que convivan con ellos, no sería necesario la fijación de una pensión alimenticia, sin perjuicio de estipular la compartición de los posibles gastos extraordinarios.

De otro lado, para cuantificar la pensión alimenticia también deberá valorarse la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los progenitores, máxime cuando dicha vivienda, de ordinario, se halla sometida a cuotas hipotecarias que necesariamente deben seguir siendo abonadas.

En lo que se refiere a los procesos contenciosos, si bien es normal que tras la implementación del régimen de custodia compartida uno de los progenitores se responsabilice de la asunción del pago de determinados gastos fijos, tales como los generados por entidades médicas o los del centro educativo. Resulta complejo establecer modalidades de pago distintas al de la fijación de una cuantía a abonar por un progenitor a otro.⁵⁵⁶

Para cuantificar la pensión habrán de tenerse en cuenta los gastos fijos que uno de los progenitores asumirá pagar y, posteriormente, se valorará por la autoridad judicial si corresponde o no señalar la fijación de una cantidad añadida en función del principio de proporcionalidad y del tiempo en que se haya distribuido entre los progenitores la guarda y custodia del hijo. En principio, los gastos ordinarios de los hijos deberán satisfacerse de forma equitativa. La posibilidad de establecer el sistema de asunción de gastos fijos por ambos y de compartir los gastos extraordinarios sin establecer una cuantía concreta de pensión, deberá estar relacionado, en todo caso, con la situación

⁵⁵⁴ SAP de Oviedo, Sección 4ª, de 17 de abril de 2009 (nº 151/2009) (rec.171/2009) acordó el sistema de guarda y custodia compartida por meses alternos, fijándose sobre la base de la peor situación económica de la madre, una pensión a cargo del progenitor paterno, a abonar e los meses en los que la hija se hallase bajo la guarda de aquella. >>

⁵⁵⁵ SARAVIA GONZÁLEZ A. M. “Guarda y custodia compartida...” *Op. Cit.*, Página 245.

PEREZ MARTÍN A. J. “Tratado de Derecho de Familia.....” *Op. Cit.*, Página 270-271. <<La atribución de cuotas alimenticias no puede quedar al pacto diario y tácito, sino que es necesario estipular una obligación dineraria para el que menos tiempo custodie y alimente en especie a los hijos, o el que más capacidad económica tenga, equilibre su cuota de contribución a tales devengos. >>

⁵⁵⁶ PÉREZ SALAZAR-RESANO M. “Patria potestad.” *Op. Cit.*, Página 202.

económica de cada uno de los progenitores, debiéndose garantizar, en cualquier caso, la cobertura de las necesidades de los hijos.⁵⁵⁷

En esta línea, la SAP de Valencia, Sección 10ª, de 21 de febrero de 2011 (nº156/2011) (rec.1225/2010) estableció que cada uno de los progenitores cubriría los alimentos de la hija en los períodos en los que la tuviesen bajo su guarda, y el resto de los gastos serían abonados por ambos progenitores, a cuyo fin se abriría una cuenta en la que habrían de ingresarse mensualmente por parte del progenitor paterno la cantidad específica de 350 euros, y por parte de la progenitora la cantidad de 225 euros, siendo los gastos extraordinarios abonados al 50% por cada uno de ellos.

Por otro lado, con respecto a la normativa autonómica, el Código de Derecho Foral de Aragón aprobado por Decreto Ley 1/2011, de 20 de marzo, en su artículo 82.3 establece que: *“El juez asignará a los padres la realización compartida o separada de los gastos ordinarios de los hijos teniendo en cuenta el régimen de custodia y, si es necesario, fijará un pago periódico entre los mismos.”* Esta disposición, al advertir de la implementación de un sistema de custodia compartida, establece de forma tácita la posibilidad de que la contribución de cada progenitor no consista en una obligación de pago de la pensión en dinero a satisfacer periódicamente por uno de los progenitores hacia el otro, sino en otro tipo de aportación, ya sea en especie o en la responsabilidad directa frente a los terceros del pago de determinados gastos ordinarios de los hijos.⁵⁵⁸

Admitiéndose la posibilidad de que la autoridad judicial pueda establecer que determinados gastos ordinarios fijos de los hijos sean satisfechos por uno o por ambos progenitores en la proporción que se fije, o bien distribuir entre ellos el pago de tales gastos. Pudiendo, así mismo, preverse el establecimiento de un pago periódico de dichos gastos entre ambos progenitores, o de forma recíproca entre aquéllos.

El artículo 82.4 del Código de Derecho Foral de Aragón distingue en los gastos extraordinarios, entre necesarios, que habrán de ser sufragados por los progenitores en proporción a sus recursos económicos disponibles, y no necesarios, que serán abonados por los progenitores en función de los acuerdos a los que lleguen, en defecto

⁵⁵⁷ DEL VAS GONZÁLEZ J. M. *“Instituciones jurídicas de protección...”* Op. Cit., Página 270. <<El juez procederá a la determinación de los alimentos que cada uno de los progenitores deberá abonar al otro en los períodos de tiempo en que este último tenga bajo su guarda a los hijos. >>

⁵⁵⁸ GONZÁLEZ DEL POZO J. P. *“Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del Pacto de Relaciones Familiares en la Ley de Custodia compartida de Aragón.”* Diario La Ley, de 16 de diciembre de 2010, núm. 7529, Año XXXI. Edit. La Ley, 2010.

de acuerdo, serán abonados por el progenitor que hubiese decidido la realización del gasto.

Por su parte, la Ley 25/ 2010, de 29 de junio, del Libro II del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, también ha regulado la pensión alimenticia en los casos de custodia compartida, estableciéndose en su artículo 233-10.3 que: *“La forma de ejercer la guarda no altera el contenido de la obligación de alimentos hacia los hijos comunes, si bien es preciso ponderar el tiempo de permanencia de los menores con cada uno de los progenitores y los gastos que cada uno de ellos haya asumido pagar directamente.”*

Así mismo, la Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, de la Comunidad Valenciana, señala en su artículo 7 que: *“1. En defecto de pacto de convivencia familiar, el Juez determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos menores de edad.*

3. Los gastos extraordinarios serán satisfechos por ambos progenitores de conformidad con lo acordado por ellos y, a falta de acuerdo, el juez decidirá el modo en que deberán ser sufragados, con independencia de quien los satisfizo y de si el régimen de convivencia es compartido o no. Los gastos necesarios de educación y formación, no cubiertos por el sistema educativo y los de salud, no cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar afiliados los hijos, tendrán que ser sufragados obligatoriamente por ambos progenitores en la proporción que establezca el juez.

4. El juez decidirá el modo concreto en que hayan de ser satisfechos los gastos de atención a los hijos, en función del régimen de convivencia que con los mismos se haya establecido.”

Finalmente la Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, prevé la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones,⁵⁵⁹ con el fin de que el Estado garantice el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una

⁵⁵⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO C. *“Comentarios a la Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005.”* En GUILARTE GUTIÉRREZ V. y OTROS. *“Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/ 2005, de 8 de julio.”* Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005. Páginas 303-306.

legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos. Esta regulación legal específica se ha concretado por medio del Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (BOE Nº 299, de 14 de diciembre de 2007)⁵⁶⁰

⁵⁶⁰ Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos. El objetivo de este Real Decreto era establecer las bases sobre las que se articulará el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos creado por medio de la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2007.(BOE Nº 311, de 29 de diciembre de 2006)

CAPITULO VII

EL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SU PROGENITOR DURANTE LOS PERÍODOS DE TIEMPO EN QUE NO SE OSTENTE LA CUSTODIA DEL MENOR

1. DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON EL PROGENITOR NO CUSTODIO, Y OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS DURANTE LOS PERÍODOS DE TIEMPO EN QUE NO SE HALLE BAJO SU CUSTODIA

Una vez producida la separación judicial o divorcio de los progenitores, debemos también analizar el derecho que ostenta el menor a relacionarse, de un lado con el progenitor que en ese momento no ostenta la custodia del mismo, y de otro, el derecho que también ostenta dicho menor a relacionarse con los demás parientes y allegados.

Se ha concebido el derecho de visita como derecho de naturaleza o, mejor, contenido, puramente afectivo, que permite a su titular expresar o manifestar sus sentimientos a otra persona, exigiendo la utilización de los medios necesarios para alcanzar tal fin.⁵⁶¹

A este respecto, el artículo 371.4 Code civil francés⁵⁶² reconoce el derecho de visitas a determinados parientes, y en otras circunstancias excepcionales a otras personas que pueden o no estar vinculadas por el parentesco. También The Children Act de 1989⁵⁶³ regula de manera expresa los derechos en relación a los “non parents”, abarcando dicho concepto a toda aquella persona que tiene un interés legítimo en el bienestar del niño. En esta línea, el Código Noruego “The Norwegian Act on Parents and Children”⁵⁶⁴ reformado en 1989, en su Secc. 45 establece así mismo, un derecho de visitas en favor de otras personas que tuviesen un vínculo estrecho con el niño, en

⁵⁶¹ GARCÍA CANTERO G. “*En torno al derecho de visita*”. Teoría y Praxis, RIVERO HERNÁNDEZ F. (Coord.) Edit. Eunsa Pamplona, 1982. Página 247.

⁵⁶² Artículo 371.4 Code civil francés (Ley n° 2007-293 de 5 de marzo de 2007, art.2 Diario Oficial de 6 de marzo de 2007) señala:” El niño tiene derecho a mantener relaciones personales con sus padres. Sólo los intereses del niño pueden obstaculizar el ejercicio de este derecho. Si éste es el interés superior del niño, el Juez de familia establecerá las relaciones entre el niño y un tercero, el padre o no.”

⁵⁶³ En este enlace podrá ser consultada la legislación relativa a The Children Act de 1989 en versión original, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>

⁵⁶⁴ En este enlace podrá ser consultada la legislación relativa a The Norwegian Act on Parents and Children en versión original, <http://www.fhi.no/dokumenter/bf66e7bf8b.pdf>

aquéllos casos en los cuales sólo un progenitor resulta ser titular de la responsabilidad paterna o cuando ambos progenitores han fallecido.

El término o la expresión derecho de visita resulta hoy pobre e insuficiente, por cuanto no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más rica que aquella mera posibilidad de ver y visitar a un menor en su residencia habitual, al comprender, en la mayor parte de los casos, muchas otras formas de comunicación (telefónica, cartas, noticias indirectas, mails...) llegando incluso a la convivencia de días o de semanas entre visitante y visitado. Así, serían expresiones más correctas y adecuadas las de “derecho de comunicación” o “derecho de relación o a relacionarse” o “derecho de relaciones personales”.⁵⁶⁵ El derecho de visitas, por tanto, no tiene otra finalidad que la de posibilitar el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (artículo 154.1 CC⁵⁶⁶), buscando que la separación o el divorcio de los cónyuges no conlleve necesariamente la desvinculación del menor por parte de aquel progenitor a quien no se atribuya su guarda permanente, propiciando así el contacto paterno o materno-filial en cuanto más beneficioso para los menores.⁵⁶⁷

En el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº 173, 20 de julio de 2013) el concepto de visitas” aparece superado, y ya no se habla de guardador o custodio, o de visitas en relación con las relaciones con los progenitores, sino del término más amplio de <<convivencia>> o <<de régimen de estancia, relación o comunicación con el no conviviente>>,(Artículos 90.1 b, 92 bis. 2 CC) pretendiendo dicha reforma, subrayar la relevancia del contacto cotidiano y frecuente entre los progenitores y sus hijos, como cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional del menor.

⁵⁶⁵ LÓPEZ ORDIALES J. J. “*Custodia compartida. Cuestiones procesales.*” En “La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida.” Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008. Página 300. <<Se debe aprovechar la tendencia actual a eliminar o evitar los términos “custodio” y “visitas”, y sustituirlo por “tiempo de permanencia con los hijos,” evitando, de este modo, colocar a los progenitores en situaciones de triunfo o pérdida. >>

⁵⁶⁶ Artículo 154.1 CC “Los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes o facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral.”

⁵⁶⁷ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria*” Teoría y Praxis. Edit. Eunsa. Pamplona, 1982. Página 32.

Se ha sostenido que, el término “visitas” encierra en sí mismo un matiz peyorativo, pues su utilización proyecta la sensación de que tras la ruptura de pareja, habrá un ganador- vencedor (progenitor a quien se atribuye la guarda y custodia) y un perdedor o vencido (el progenitor que visita a los menores); frente a ello “el derecho de relación” expresa un contenido mucho más amplio en cuanto comprende conexión, correspondencia, trato, comunicación de una persona con otra..... En las que cabe entender incluidas las estancias temporales del menor en el domicilio del titular o titulares de dicho derecho de relación.⁵⁶⁸

En esta línea, también el Estado de Washington (Código Revisado de Washington 74.20.040) ha eliminado de su Capítulo 26.60 el término visitas, sustituyéndolo por el término legal “plan de crianza” y “plan parental”.⁵⁶⁹

Así mismo, el Comité de los Derechos del Niño en la Observación General núm. 14 sobre el derecho del niño a la consideración primordial de su interés superior señala en su artículo 9 párrafo 3: *“El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*

En principio, el derecho de visitas es un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser una manifestación del vínculo filial que une a ambos y que contribuye al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. Y en congruencia, la adopción de

⁵⁶⁸ PÉREZ VALLEJO A. M. “Régimen de <<visitas>> del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos.” En GARCÍA GARNICA M. C. “La protección del menor en las rupturas de pareja.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2009. 1ª Edición. Páginas 349-351.

⁵⁶⁹ Código Revisado del Estado de Washington 74.20.040 Capítulo 26.60 <<regula el plan de crianza en el que deberá incluirse: 1. Mantener una relación amorosa, estable y coherente con el niño.

2. Las formas de atender las necesidades diarias del niño, tales como alimentación, ropa, cuidado físico, supervisión, asistencia sanitaria y de atención diurna.

3. Asegurarse de que el niño está recibiendo una educación adecuada.

4. Ayudar al niño a desarrollar y a mantener unas adecuadas relaciones interpersonales.

5. Tomar buenas decisiones sobre el bienestar del niño, en consonancia con el nivel de desarrollo del niño y las circunstancias sociales y económicas de la familia.

6. Proporcionar apoyo financiero al niño.

7. Minimizar la exposición del niño a la conflictividad entre los padres.

8. Evitar que los padres dependan de la intervención judicial para cualquier asunto futuro.

9. Atender las necesidades cambiantes de la vida del niño.

Los objetivos del plan de crianza son los siguientes:

1. Proporcionar cuidado físico al niño

2. Mantener la estabilidad emocional del niño

3. Satisfacer las necesidades cambiantes del niño

4. Establecen la autoridad y las responsabilidades de cada padre

5. Minimizar la exposición del niño a la conflictividad nociva entre los padres

6. Alentar a los padres para llegar a acuerdos en lugar de acudir a los tribunales

7. En definitiva, proteger el interés superior del niño. >>

dicho régimen requerirá atender, a muchos diversos factores, entre los que cabe destacar: La edad de los menores, las necesidades afectivas de los menores, sus costumbres, exigencias y responsabilidades escolares, las relaciones con el progenitor no custodio, las cualidades y condiciones del progenitor no custodio para atender al menor, la localidad en que se celebren las visitas y las estancias, así como, la distancia entre la localidad en la que residen habitualmente los menores y la localidad en que se realicen las visitas.... Y ello porque, a nuestro juicio, las necesidades o exigencias de los menores en orden a su estabilidad, o la regularidad de las visitas, o la planificación de dichos encuentros y su acomodación a los horarios y quehaceres cotidianos va a redundar directamente en el beneficio de los menores implicados en un proceso de separación.

La STS 54 /2011, 11 de febrero de 2011 ⁵⁷⁰(rec.500/ 2008) señalaba que: *“El derecho que corresponde al padre es innegociable, inalienable, irrenunciable, personalísimo e imprescriptible, debiendo ser graves las circunstancias que lleven a su suspensión.”*

En este sentido, la Ley aragonesa 2/ 2010, 26 de mayo de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres (BOE Nº 151, 22 de junio de 2010) señala en su artículo 2:” 3. a) *Los hijos menores de edad tendrán derecho a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia de la autoridad familiar.”* (Artículo 60 CDFA)

También la SAP de Madrid de 9 de abril de 2010⁵⁷¹, Sección 22ª (rec.1123/ 2009) concibe el derecho de visitas: *“Constituye este complejo derecho-deber un mecanismo de relación, trato, convivencia, transmisión de afectos e inquietudes entre los hijos y el*

⁵⁷⁰ STS 54/ 2011, 11 de febrero (rec.500/ 2008) (LA LEY 2156/ 2011) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria y la AP de Las Palmas de Gran Canaria) estimaron la demanda en reclamación de guarda y custodia y alimentos, y acordaron, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia a la madre sin fijar régimen de visitas a favor del padre debido a los episodios de violencia protagonizados por este último. El TS desestimó el recurso de casación presentado por el progenitor paterno.

⁵⁷¹ SAP de Madrid de 9 de abril de 2010, Sección 22ª (rec.1123/ 2009) (LA LEY 80635/ 2010) La AP desestimó el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Alcobendas, por la que se acuerda el divorcio y se establece el régimen de visitas adecuado al interés de los hijos, esto es, se atribuye la guarda y custodia de los menores a la madre, manteniéndose la titularidad y el ejercicio compartido de la patria potestad, de forma que los progenitores habrán de actuar de consuno en todas aquellas cuestiones relevantes para la formación, desarrollo integral y prevención de los menores, absteniéndose de adoptar decisiones unilaterales que pudiesen perjudicar el interés prioritario de los hijos.

padre o la madre con quien no vive habitualmente y adecuado para mantener o restablecer la comunicación que la quiebra de la convivencia familiar interrumpió”.

Y en esta línea, el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (en vigor desde el 2 de septiembre de 1990) establece que: *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.”*

Así mismo, en el artículo 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 se declara que :” *En caso de separación de hecho, separación legal , divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño.”* Igualmente cabe citar el artículo 24.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea donde se predica que:” *Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses.”*

Así pues, el interés del menor implica que el divorcio no puede ni debe alterar la relación paterno filial, pues es un derecho del menor el poder relacionarse de forma plena con sus dos progenitores.⁵⁷²

El artículo 160 CC tras su redacción por la Ley 26 / 2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE Nº 180, de 29 de julio 2015) establece que: *“Los hijos menores tienen derecho de relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad pública en los casos establecidos en el artículo 161 CC.....*

No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.

⁵⁷² DE TORRES PENA J. M. *“Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Interés del menor y Derecho de Familia una perspectiva multidisciplinar.”* Madrid, 2009, 1ª Edición. Página 232.

En caso de oposición, el Juez a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se pueden fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores.”⁵⁷³

El derecho de visita – afirma Rivero Hernández ⁵⁷⁴- comporta una especie de guarda temporal del menor durante el tiempo en que alcanza la estancia, y con ella, el derecho y deber de alimentarlo, cuidarlo, dirigirlo, vigilarlo...amén del normal contenido espiritual y afectivo que conlleva esa convivencia y ese tipo de relación. Pero ese derecho no llega más allá que en lo necesario para favorecer la relación humana y afectiva entre beneficiario y menor y, por ello, no puede, el primero, injerirse en la dirección de la vida y educación del menor, ni tomar decisiones trascendentales en relación con el mismo, lo cual está reservado al titular de la patria potestad, o en su caso, al del derecho de guarda.

Se ha entendido por otros autores, que el titular del derecho de visita se comportará como un guardador de hecho, que asume la obligación de alimentar al menor y velar por él asumiendo las responsabilidades derivadas del ejercicio del derecho de visita. ⁵⁷⁵

A nuestro juicio, el derecho de visitas puede concebirse como el medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación entre personas a las que unen vínculos de filiación, dirigiéndose, dicho régimen de visitas, a mantener la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones entre los progenitores, consistiendo, fundamentalmente, en un derecho de comunicación, en el sentido más extenso de la expresión, entre el progenitor no custodio y el menor, que incluiría necesariamente tanto la correspondencia postal, telefónica o telemática, así como la convivencia durante horas, días e inclusive semanas, a fin de estrechar las relaciones afectivas entre ambos. Se configura, por tanto, el derecho de visitas como un derecho – deber que persigue que el progenitor no custodio mantenga la comunicación y esté en compañía de sus hijos, contribuyendo a enriquecer la relación personal entre ellos.

⁵⁷³ La Ley 26/2015, de 28 de julio, también modifica el artículo 161 CC aclarándose la competencia de la Entidad pública para establecer por resolución motivada el régimen de visitas y comunicaciones respecto a los menores en situación de tutela o guarda, informando de ello al Ministerio Fiscal.

⁵⁷⁴ RIVERO HERNÁNDEZ F. “El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria. “Teoría y Praxis Pamplona, 1982. Página 237

⁵⁷⁵ ROCA TRÍAS E. “Comentario del Código civil” Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1991. Página 395

Con ello también se pretende evitar que los menores sufran otros daños distintos a los ya graves, de por sí solos, de la falta de presencia en su vida cotidiana de ambos progenitores. Debiendo, por tanto, tenderse a potenciarse los contactos con el progenitor que, en dicho momento, no ostente la custodia.

Si bien, el ejercicio del derecho de visitas exige la colaboración de ambos progenitores y debe estar presidido por el principio de buena fe, sin embargo, es frecuente que se produzca el incumplimiento del régimen de visitas fijado en la sentencia de separación o de divorcio, impidiéndose con ello que los hijos puedan relacionarse con el otro progenitor en la forma prevista en la correspondiente resolución judicial. A este respecto, el progenitor que ve menoscabado su derecho al cumplimiento del régimen de visitas puede recurrir a la vía civil interponiendo la correspondiente demanda ejecutiva, solicitando en la misma no solo que se dé estricto cumplimiento al régimen de visitas fijado en la sentencia de separación o de divorcio, sino también que se imponga una multa coercitiva⁵⁷⁶ al progenitor que incumple reiteradamente el régimen de visita, y que se le aperciba de que el incumplimiento reiterado del régimen de visitas, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y custodia.

Es cierto que el artículo 160 CC no determina la extensión ni la intensidad de los periodos en los que el menor puede relacionarse con sus parientes o allegados. Por tanto, la duración o frecuencia y lugar de visitas, quedará en buena medida, a la discreción del Juez, según las circunstancias del caso, salvo convenio entre los afectados. Debiendo ponderarse, así mismo, la distancia entre la residencia del beneficiario de dicho derecho de visitas y la del menor, la edad y salud de éste, sus estudios y demás circunstancias habrán de ser tenidas en consideración tanto en la regulación del régimen de visitas como en el desarrollo de aquéllas.⁵⁷⁷

Por tanto, se trata de una cuestión que debe ser decidida por el juez, quién deberá tener en cuenta entre otras cuestiones: La situación personal del menor y de la persona con la que desea relacionarse, las conclusiones a que se haya llegado en los

⁵⁷⁶ La imposición de multas coercitivas viene regulado en los artículos 709 y 776.2 LEC. En dichos preceptos se concede a los órganos jurisdiccionales la facultad de imponer multas coercitivas al progenitor que incumple de manera reiterada el régimen de visitas.

⁵⁷⁷ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria.*” *Op. Cit.*, Página 100.

diferentes informes psicológicos que se hayan pedido, la intensidad de las relaciones anteriores, la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia. Y en general, todas aquellas que sean convenientes para el menor.

Respecto del derecho de parientes y allegados, en aras de los intereses legítimos de los parientes y del respeto debido a la personalidad del hijo, la norma se orienta a proteger las relaciones personales del hijo, que, de otro lado, no podrán impedirse sin justa causa. No obstante, la amplitud de las relaciones contempladas ha sido criticada por no prever limitación en el grado de parentesco y, más aún, por utilizar un término tan indefinido como el de allegados, que, en última instancia, implica la protección de relaciones con cualquier persona.⁵⁷⁸ Si bien, podemos presumir que la voluntad del legislador es propicia a la ampliación de este derecho, tal y como se desprende de la nueva redacción del artículo 160 CC, en la que se incluyen expresamente a los hermanos.

A este respecto, la STS 320/ 2011, de 12 de mayo de 2011⁵⁷⁹ (rec.1334/ 2008) en la que se estimaba la demanda en la que se reconocía a la demandante (ex -compañera de la madre biológica del menor) el derecho de visitas respecto de dicho menor, por entender que la demandante tiene la categoría jurídica de allegado al que alude el artículo 160 CC, lo que le da derecho a relacionarse personalmente con el menor. Así, señala en su Fundamento Séptimo que *“La expresión derecho de visitas debe aplicarse solamente en las relaciones entre los progenitores y sus hijos. Para identificar el derecho del menor en el caso que nos ocupa resulta más adecuado utilizar la expresión “relaciones personales”, dado que nos encontramos con una relación de pareja pública y notoria entre dos personas del mismo sexo que no contrajeron matrimonio, y en la que una de ellas había quedado embarazada mediante técnicas de fecundación asistida, con material genético de donante anónimo. Tras la ruptura de la relación se atribuyó la guarda y custodia a la madre biológica. La ex-pareja reclama el derecho de*

⁵⁷⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO R. “Comentarios a las normas del Derecho de Familia. “ Tomo II. Edit. Tecnos. Madrid, 1984. Página 1076.

⁵⁷⁹ STS 320/2011, de 12 de mayo 2011 (rec.1334/ 2008) (LA LEY 52207/ 2011) En la que se estimaba la demanda reconociéndosele a la demandante (ex compañera de la madre biológica) el derecho de visitas respecto del menor engendrado mediante técnicas de reproducción humana asistida, por entender que la demandante tenía la categoría jurídica de allegado y por tanto, se hallaba incluida entre los allegados a que se refiere el artículo 160 CC.

visitar o de tener contacto amplio con el hijo biológico de su antigua compañera alegando que desde que el menor nació había tenido dos madres, según podía desprenderse de las pruebas testificales, y que en los informes psicológicos se concluía que la demandante ejercía el rol de madre y que la relación que mantenía era buena y beneficiosa para el menor, de modo que sería perjudicial dejar de tener esa relación.”

La mencionada Sentencia entiende que *“El interés del menor obliga a los Tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos”* para remarcar que *“Teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso que nos ocupa, la base de nuestra decisión debe ser no un hipotético derecho de la compañera de la madre biológica, sino un derecho efectivo que tiene el menor de relacionarse con aquellas personas con las que le une una relación afectiva y por ello debe entenderse aplicable al supuesto que nos ocupa el artículo 160.2 CC (LA LEY 1 / 1889) que establece que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Esta norma debe aplicarse a este tipo de relaciones por las siguientes razones: a) El concepto de allegado se ajusta a la relación que la ex - compañera sentimental de la madre biológica mantiene con el niño. De acuerdo con la definición del Diccionario de la RAE, allegado: << dicho de una persona, cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza. >>*

b) En aplicación del artículo 160.2 CC (LA LEY 1 / 1889) el juez está autorizado para tomar cualquiera de las medidas que están enumeradas en el artículo 158 CC (LA LEY 1 / 1889) que integra el artículo 162 CC (LA LEY 1 / 1889) en cuanto determina el tipo de prevenciones que pueden adoptarse en estos casos”

La dificultad surgirá a la hora de determinar cuál sería la justa causa que supondría la denegación de aquel derecho. En la justa causa debe predominar el interés del hijo, aunque éste no debe ser incompatible, en principio, con la ponderación de los intereses de otros miembros de la familia.⁵⁸⁰

Se han enumerado como justas causas para denegar el derecho de visitas, aquellas que harían peligrar la salud física o psíquica, la integridad moral o la seguridad del menor,

⁵⁸⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO R. *“Comentarios a las normas del Derecho de Familia.”* Op. Cit., Página 1076

así como aquellos supuestos en que la actitud de las personas que solicitasen el derecho de visitas atentase contra las funciones que corresponderían a los padres.⁵⁸¹

No se considera justa causa, sin embargo, el testimonio desfavorable del menor. La simple negativa del niño no es causa suficiente para denegar tal derecho sino, que se deben tener en cuenta el resto de circunstancias concurrentes. En este sentido, la SAP de Vizcaya⁵⁸², Sección 4ª, 14 de julio de 2004 (rec.218/ 2004) establece que: *“Si partimos de esta finalidad del establecimiento de un régimen de visitas entre los abuelos y el nieto, para conseguir el pleno desarrollo de la personalidad del menor, buscando su propio interés, habrá que concluir que la realización de dicha comunicación no puede quedar a la decisión última y arbitraria del menor, puesto que su interés justifica su comunicación con el abuelo materno.”* A su vez, se debe comprobar, que no ha existido manipulación en la voluntad del menor.

A nuestro juicio, la denegación del derecho de visita procederá cuando, ab initio, se den circunstancias graves que desaconsejen totalmente el establecimiento de relaciones personales entre el hijo y el pariente en cuestión. En cuanto a las referidas al demandante de las visitas podemos citar cualesquiera circunstancias que puedan comprometer gravemente la salud física o moral del menor, vicios arraigados en aquél, vida licenciosa del progenitor o pariente que solicita el derecho de visita, intento de corromper al niño o de abusar de él haciéndole partícipe de una vida irregular y conducta dudosa.

En lo que respecta al menor, pueden serlo su salud delicada, incompatible con traslados o visitas, una aversión o hipersensibilidad respecto del aspirante a las visitas que hagan éstas totalmente desaconsejables por su nocivo efecto sobre el niño, u otras de ese tenor o gravedad que puedan preverse.

Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. En la mencionada Sentencia de

⁵⁸¹ DÍAZ ALABART S. *“El derecho de relación personal entre el menor y sus parientes y allegados”* (Artículo 160.2 CC) *Revista de Derecho Privado* mayo- junio 2003. Página 368.

⁵⁸² SAP de Vizcaya, Sección 4ª, 14 de julio de 2004 (rec.218/ 2004) (LA LEY 167617/ 2004) La AP de Vizcaya estima la demanda interpuesta y revoca en parte la Orden Foral nº 9379/ 2002, 28 de junio del Departamento de Acción Social de la Excmá Diputación Foral de Vizcaya, en cuanto a la supresión del régimen de visitas al abuelo demandante respecto de su nieto menor de edad, pero manteniéndolo en lo referente a la madre del menor.

11 de febrero de 2011⁵⁸³ (rec.500/ 2008) se atribuyó a la madre la guarda y custodia del hijo sin fijar régimen de visitas a favor del padre, debido a los episodios de violencia protagonizados por él.

La LO 1 / 2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE Nº 313, 29 de diciembre de 2004) ha sido modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cuya Disposición final tercera modifica el apartado 2 del artículo 61, que queda redactado como sigue: << 2. *En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas.* >>

También modifica el artículo 65 de la LO 1/2004, y dispone que: <<El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. >>

⁵⁸³ STS 54/ 2011, de 11 de febrero de 2011 (rec.500/ 2008) (LA LEY 2156/ 2011) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canarias y la AP de Las Palmas de Gran Canarias, Sección 4ª) estimaron la demanda en reclamación de guarda y custodia y alimentos, y entre otras medidas, acordaron la atribución de la guarda y custodia a la madre sin fijar un régimen de visitas a favor del padre debido a los episodios de violencia protagonizados por este último. El TS desestimó el recurso de casación presentado por el progenitor paterno.

Y el artículo 66 de dicha Ley 1/ 2004, que queda redactado como sigue: <<*El Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él.*

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculcado por violencia de género respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución. >>

En esta línea, también el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio (BOE Nº 173, 20 de julio de 2013) señalaba en el nuevo artículo 92 bis en su apartado 5 que tampoco procederá establecer un régimen de estancia, relación o comunicación de los hijos con el progenitor condenado en sentencia firme por violencia doméstica o de género hasta la extinción de la responsabilidad penal, salvo que, excepcionalmente, el juez considere otra cosa, debiendo realizarse un seguimiento en este supuesto y en los que, por no existir aún dicha sentencia, se establezca el referido régimen. Estableciéndose expresamente, como garantía para el cumplimiento de tales medidas, que en caso de incumplimiento grave y reiterado, se puedan modificar o suspender las mismas.

En consonancia con lo anteriormente expuesto, el derecho a la comunicación del pariente, progenitor, o allegado con el hijo es un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa.

En esta línea, la STC 176 / 2008, 22 de diciembre de 2008 (rec.4595/ 2005)⁵⁸⁴ señala que: *"Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 CC como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliera grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial "* Si bien, en esta sentencia se restringe el régimen de visitas a un menor concedido inicialmente a un padre transexual,

⁵⁸⁴ STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008 (rec.4595/2005) (LA LEY 198334/2008)

alegándose que la disforia de género del progenitor no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas, ésta se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor y en base a la prueba pericial psicológica, en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre.

La legislación que regula las decisiones que deben adoptarse en los casos de situaciones de riesgo para los niños, sobre todo cuando haya que tomar la medida de la separación de la familia, requiere que estas se funden siempre en el interés del menor. En congruencia con ello, el artículo 11.2 de la LO 1/ 1996, de 15 de enero (modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio), establece como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: La supremacía del interés del menor, el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y su integración familiar y social.⁵⁸⁵

En aplicación de este principio la STS 565/ 2009, de 31 de julio⁵⁸⁶ (rec.247/ 2007) señala que cuando exista una contradicción entre el interés del menor y la reinserción familiar, debe tenerse en cuenta “ *La superior jerarquía que el legislador atribuye al*

⁵⁸⁵ Artículo 11.2 LOPJM establece que: “Son principios rectores de la actuación de los poderes públicos: a) La supremacía de su interés superior. b) El mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares y estables, priorizando, en estos supuestos, el acogimiento familiar frente al institucional. c) Su integración familiar y social. d) La prevención y la detección precoz de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal. e) La sensibilización de la población ante situaciones de desprotección. f) El carácter educativo de todas las medidas que se adopten. g) La promoción de la participación, voluntariado y solidaridad social. h) La objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la actuación protectora, garantizando el carácter colegiado e interdisciplinar en la adopción de medidas que les afecten. i) La protección contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente, la explotación, la realizada a través de las nuevas tecnologías, los abusos sexuales, la corrupción, la violencia de género o en el ámbito familiar, sanitario, social o educativo, incluyendo el acoso escolar, así como la trata y el tráfico de seres humanos, la mutilación genital femenina y cualquier otra forma de abuso. j) La igualdad de oportunidades y no discriminación por cualquier circunstancia. k) La accesibilidad universal de los menores con discapacidad y los ajustes razonables, así como su inclusión y participación plenas y efectivas. l) El libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexual. m) El respeto y la valoración de la diversidad étnica y cultural.”

⁵⁸⁶ STS 565/ 2009, de 31 de julio de 2009 (rec.247/ 2007) (LA LEY 184099/ 2009) El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Toledo dictó auto desestimando la impugnación de la declaración de desamparo y el acogimiento pre adoptivo de un menor. La AP de Toledo estimó el recurso de apelación y revocó el auto anterior. El TS declaró haber lugar al recurso de casación, anuló la sentencia de apelación y confirmó el auto de Primera Instancia. El TS establece en dicha sentencia que es procedente examinar la impugnación de la declaración de desamparo, al contemplar que se han producido un cambio de circunstancias con posterioridad al momento en que se declaró, con el fin de determinar si los padres se encuentran en condiciones de asumir de nuevo la patria potestad, así como el modo en que debe ponderarse el interés del menor en relación con la existencia de dicho cambio de circunstancias que pueda justificar que los padres se encuentren ya en condiciones de asumir nuevamente la patria potestad, ponderándose la posible reinserción del menor en la familia biológica.

deber de perseguir el interés del menor, de modo que, el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor”

Y en esta línea, el artículo 9 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 sanciona que:” 1. *Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la Ley y os procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”*

La protección del niño tiene, por tanto, como finalidad evitar las consecuencias que puede provocar una falta de cumplimiento de los deberes impuestos a los titulares de la patria potestad. La administración encargada de la protección de los menores tiene entonces dos posibilidades: a) o bien declarar el desamparo del menor y asumir la tutela del mismo, con la adopción de medidas para permitir que el niño se reintegre en su familia, cuando no sea contrario a su interés. b) o bien mantener la obligación de guarda y custodia de los padres, con controles por parte de la administración. En cualquier caso, habrá que ponderar los intereses en juego, adoptando las medidas que resulten más favorables para el interés del menor, y hagan posible, si ello fuera lo más beneficioso a su interés, el retorno a la familia natural.

En vistas de lo cual, podemos afirmar que las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia en los casos en que el padre y la madre no convivan han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. La necesidad de proteger el interés del menor en estas situaciones constituye el elemento determinante de la decisión judicial en el artículo 57 de la Ley Aragonesa 13 / 2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, (BOE Nº 23, 26 de enero de 2007) que establece:” 1. *El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con*

sus abuelos y otros parientes y allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja.

2. Los padres y guardadores no podrán impedir la relación personal del hijo con ninguna de las personas mencionadas en el apartado anterior, salvo cuando el interés del menor lo exija.”

Así, y tal como señalaba la SAP de Murcia⁵⁸⁷ de 16 de octubre de 2006, Sección 1ª (rec.127/ 2006) *“No existe razón alguna que pueda impedir que los abuelos se relacionen con los nietos siempre que se cumpla con estas dos limitaciones legales 1. Una expresa, que no supongan un obstáculo para la eficacia de otras resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de los progenitores. 2. Otra tácita, que no es otra sino el interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo.”*

Se desprende de las susodichas sentencias que la adecuación al interés del menor ha de ser el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores, y las medidas a adoptar serán las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social de los menores.

De otro lado, resulta difícil dar una contestación categórica en cuanto a qué allegados pueden aspirar a un derecho de visita, pues enseguida vienen a la mente algunos nombres como: padrinos, amigos íntimos, novios, educadores que han demostrado gran afecto por el menor, niñeras....Por tanto, deberá ser el Juez quien, en cada caso, y valorando las específicas circunstancias se pronuncie acerca de cómo ha de entenderse el término allegado, no tanto en su valor semántico o en abstracto, sino en ese contexto jurídico y en función del niño y de sus circunstancias concretas. Y ello porque el derecho de visitas en relación con los abuelos y otros allegados tiene como finalidad estrechar lazos afectivos entre dichos sujetos, esto es, no se pretende satisfacer los

⁵⁸⁷ SAP de Murcia de 16 de octubre de 2006, Sección 1ª (rec.127/ 2006) (LA LEY 166383/ 2006) La AP estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de Primera Instancia, y revocó parcialmente la misma en el sentido de establecer un régimen de visitas a favor del padre respecto de sus hijos menores de edad.

deseos, derechos o intereses de aquéllos, sino amparar, en toda su extensión, las necesidades afectivas y educativas de los hijos.⁵⁸⁸

A nuestro juicio, a la hora de determinar qué parientes pueden aspirar a obtener un derecho de visitas y relaciones con un menor y quiénes no, la cuestión no debiera centrarse tanto en el grado de parentesco, sino en otros datos y circunstancias tales como, el cariño acreditado, la convivencia anterior con el menor, los lazos familiares que de facto se hayan creado con el niño...y en general todas aquellas circunstancias que puedan estimarse como más beneficiosas y convenientes para el interés del menor.

La SAP de Barcelona de 22 de mayo 2008, Sección 12ª⁵⁸⁹(rec.1125/ 2007) señalaba en su Fundamento de Derecho Primero: “ *La familia no se circunscribe sólo a los padres y a los hijos, sino que existe la familia extensa formada por los demás parientes, abuelos, tíos, primos y, en general, todos aquellos que pueden considerarse incluidos en el concepto amplio de familia, respecto a lo que el artículo 8.1 de la Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 dice que:<< Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas. >>*

En principio, en lo que respecta a los abuelos, su relación con los menores habría de resultar beneficiosa para estos últimos, por cuanto es conveniente para la formación y educación de los menores el tratar personalmente a los parientes próximos, aflorando un natural afecto que inserta beneficiosamente al menor en su entorno familiar más completo.

En esta línea, el Estado de Pensilvania (Pennsylvania Consolidated Statutes, Title 23: Domestic Relations) establece << §301. Declaración política. La Asamblea General declara que es política de este Estado, cuando ello redunde en beneficio del mejor interés del niño, garantizar un contacto razonable y continuo del niño con ambos

⁵⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ F. “*El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria.*” *Op. Cit.*, Página 85

⁵⁸⁹ SAP de Barcelona de 22 de mayo de 2008, Sección 12ª (rec.1125/ 2007) (LA LEY 71039/ 2008) La SAP desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia por la que se estimó parcialmente la demanda interpuesta por los abuelos de un menor solicitando el establecimiento de un régimen de visitas ante el fallecimiento del progenitor, considerándose beneficioso para el menor el desarrollo de tales visitas en las condiciones establecidas en la instancia.

padres tras la separación o ruptura del matrimonio, y la compartición de derechos y responsabilidades de la crianza del niño por ambos padres, así como el contacto continuo del hijos o hijos con sus abuelos en caso de fallecimiento de uno de sus padres, o de divorcio o separación de sus padres. >>

También la STS 576/2009, de 27 de julio de 2009 ⁵⁹⁰(rec.543/ 2005) en la que el objeto del proceso y del recurso de casación versa sobre el derecho de visitas de los abuelos maternos respecto de un nieto menor de edad, suscitándose la controversia como consecuencia de las malas relaciones entre aquéllos y el padre, una vez se produjo el fallecimiento de la madre. La mencionada STS entiende que: *“Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que se contempla, no se perturba en absoluto el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos.”* Y añade que: *“La relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora. Por otro lado, no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próxima que justifica un especial afecto. Y todo ello debe entenderse sin perjuicio de tomar en cuenta la voluntad del menor que deberá ser oído al respecto, y que habrán de hacerse en su caso los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre.”*

La disputa a veces cruenta entre los cónyuges valiéndose de los hijos para producir quebranto en el otro, no debiera alcanzar a los abuelos que son ajenos a ella. Siendo

⁵⁹⁰ STS 576/2009, 27 de julio (rec.543/ 2005) (LA LEY 167180/ 2009) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Onteniente y la AP de Valencia, Sección 10ª) estimaron la demanda y declararon que los demandantes tenían el derecho de visitar a su nieto. El TS desestimó el recurso de casación del progenitor paterno, por entender que el Juez deberá tener siempre como guía el interés superior de los menores, sin que en el supuesto que se enjuicia se aprecien circunstancias que justifiquen una reducción el régimen de visitas en el sentido pretendido por el padre. Además si la relación del nieto con los abuelos es enriquecedora, no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próxima que justifica un especial afecto, sin perjuicio de que deban hacerse los apercibimientos oportunos con posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia la persona del padre.

deseable prever lo necesario para que la relación entre abuelos y nietos no quede truncada a causa de una separación o divorcio de sus padres.⁵⁹¹

En este sentido, la STS 858/2002, de 20 de septiembre de 2002⁵⁹²(rec.577/1997) señalaba que: *“Las relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visitas”*.

También la STS 689/2011, de 20 de octubre de 2011⁵⁹³(rec.825/2009) afirmaba que: *“Los abuelos y los nietos tienen derecho a relacionarse, ello es beneficioso para ambos y es un derecho – deber reconocido en el CC del que solo se puede ser privado cuando exista justa causa. La controversia no puede centrarse en el hecho de que las relaciones de los abuelos con los nietos sean mejores o peores para la salud de sus padres, sino para los menores que es el interés protegido en cuestión.”*

En términos generales, la existencia de un régimen de visitas por parte de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad, suele resultar beneficioso para estos últimos, por cuanto contribuye a la adecuada formación integral de los menores, resultando así beneficioso y plausible para los menores el mantenimiento y consolidación de lazos afectivos con su familia de origen, e inclusive no sólo con la familia directa, sino también con la familia extensa.(tíos, primos, sobrinos...) Así la SAP de Barcelona de 22 de mayo de 2008⁵⁹⁴, Sección 12ª (rec.1125/ 2007) establecía que: *“ El interés del menor constituye principio inspirador de todo lo relacionado con él y vincula al*

⁵⁹¹ VAZQUEZ IRUZUBIETA C. *“Código Civil. Comentarios, Nota y jurisprudencia.”* Edit. Dijusa. Madrid, 2007.Página 85

⁵⁹² STS 858/2002, de 20 de septiembre (rec.577/1997) (LA LEY 7868/2002) El Juzgado de Primera Instancia nº22 de Madrid estimó parcialmente la demanda y declaró el derecho de los abuelos maternos a relacionarse personalmente con los menores. La AP de Madrid, Sección 22ª, revocó la sentencia recurrida y acordó no haber lugar a establecer régimen de visitas y comunicaciones a favor de los abuelos maternos. El TS estimó el recurso de casación y confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en todos sus pronunciamientos por entender que el ejercicio de este derecho de visitas no puede depender de una actitud personal del padre- que siente animadversión hacia la familia materna, máxime cuando las relaciones entre los menores y sus abuelos eran buenas, beneficiándose por tanto dichos menores de dicho régimen de visitas.

⁵⁹³ STS 689/2011, de 20 de octubre (rec.825/2009) (LA LEY 194731/ 2011) Las sentencias de instancia (Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Liria y la AP de Valencia, Sección 10ª) desestimaron la demanda sobre declaración del derecho de la actora a visitar y relacionarse con su nieto. El TS estimó el recurso de casación interpuesto por la demandante, casó la sentencia recurrida y estimó la demanda. Frente a la sentencia de apelación que denegó el derecho de visita de la abuela porque la hostilidad entre ella y el progenitor paterno era tal que, este último presentaba un cuadro de ansiedad, depresión e hipertensión que podría repercutir en la integridad psicológica del menor, el TS reconoció el derecho del menor a relacionarse con su abuela paterna.

⁵⁹⁴ SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 22 de mayo de 2008, Sección 12ª (rec.1125/ 2007) (LA LEY 71039/ 2008) La AP estimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta por los abuelos de un menor solicitando el establecimiento de un régimen de visitas ante el fallecimiento del progenitor paterno, considerando la AP beneficioso para el menor el desarrollo de tales visitas en las condiciones establecidas en la Primera Instancia.

Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a su edad y circunstancias, evitando siempre que pueda ser manipulado y buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social. Integración familiar y social que, lógicamente, no puede conseguirse si se priva al niño, en contra de su derecho reconocido, de la posibilidad de relacionarse con sus abuelos y demás parientes, razón por la que el artículo 135.2 del Código de Familia de Cataluña dispone que << el padre y la madre deben facilitar la relación del hijo o hija con los parientes, especialmente con el abuelo y la abuela, y demás personas y sólo las pueden impedir cuando exista causa justa>> y ello sin que la sola negativa del menor, atendida su edad, expresada en la exploración pueda considerarse suficiente para ello, pues se trata, en definitiva, de mantener un vínculo, el familiar extenso, por entenderse beneficioso para el menor, en cuyo interés preferente deben adoptarse las medidas que le afecten conforme a lo dispuesto en el artículo 82.2 del Código de Familia de Cataluña.” (Libro II Código civil de Cataluña relativo a la persona y a la familia aprobado por Ley 25/ 2010, de 29 de julio)

Más recientemente, la STS 359/2013, de 24 de mayo de 2013 (rec.732/2012⁵⁹⁵) ha señalado que: *“En materia de relaciones familiares rige un criterio de evidente flexibilidad en orden a que Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, debiendo tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. El artículo 160.2 CC a contrario sensu, permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no define y que debe examinarse en cada uno de los casos que se deben enjuiciar.”*

En este caso concreto, la sentencia recurrida considero justa causa el distanciamiento y las malas relaciones existentes entre la madre y la abuela de la menor cuya visita se demandaba, por cuanto suponía que existiese un riesgo cierto de que incidiesen y trascendieran a la menor, que se encontraba en edad infantil. El TS en la mencionada Sentencia de 24 de mayo de 2013, entendió que la justa causa para negar esta relación se establece de forma especulativa, puesto que en ningún episodio se concreta para ver si responda a una realidad que pueda servir de argumento para eliminar este derecho que no tiene más restricción que el que resulte del interés del menor. Y a la

⁵⁹⁵ STS 359/2013, de 24 de mayo de 2013 (rec.732/2012) (LA LEY 45896/2013)

vista de ello, la sentencia recurrida no parece haber tenido en cuenta, sino en abstracto, ese interés del menor, primando por el contrario el de su madre. La STS estimó la demanda y anuló la sentencia recurrida, reconociendo el derecho de los recurrentes a relacionarse y comunicarse con su nieta.

En este sentido, resulta interesante la Sentencia de la Corte Suprema de Washinton, de 5 de junio de 2000, *Troxel versus Grandville*, 530 U. S. 57 (2000)⁵⁹⁶, en donde se entremezclan las consecuencias jurídicas de la filiación extramatrimonial, la adopción de integración y la autoridad parental en el marco de la familia ensamblada. Dicha sentencia consideraba que la aplicación de la legislación sobre derechos de visitas del Estado de Washington (para conceder derechos de visitas a los abuelos) violaba el derecho materno a educar a sus propios hijos amparado por la garantía del debido

⁵⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema del Estado de Washington de 5 de junio de 2000, *Troxel versus Grandville*, 530 U. S. 57 (2000). En el siguiente enlace puede ser consultada dicha sentencia en versión original, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/57/>

La aplicación de la legislación sobre derecho de visitas del Estado de Washington permitía a cualquier persona solicitar a un Tribunal estadual derechos de visita respecto de un menor, y autorizaba al Tribunal a disponerlas en cualquier momento si las visitas eran beneficiosas para el menor. Acogiéndose a dicha legislación, unos abuelos paternos, los Troxel solicitaron judicialmente derechos de visita respecto de las hijas de su hijo ya fallecido. El progenitor de los niños Brad Troxel nunca contrajo matrimonio con la madre de sus hijas, Tommie Grandville, con quien mantuvo una relación con períodos de convivencia entre los años 1988 y 1991. Tommie, a su vez, tenía tres hijos de una relación anterior y tuvo dos hijas con Brad Troxel- Natalie e Isabella. Cuando la pareja se separa, Brad se traslada a vivir con sus padres, Jennifer y Gary Troxel. Los progenitores acuerdan un régimen de custodia y visitas que presentan a los tribunales para su homologación en 1992. De conformidad con lo acordado las niñas pasarían un fin de semana alternado con el progenitor no conviviente en el domicilio de sus abuelos paternos, los Troxel. En mayo de 1993, Brad Troxel se suicidó y en octubre de ese mismo año Tommie informó a los abuelos paternos su deseo de limitar las visitas de los abuelos a un único y breve encuentro mensual. Así pues, si bien la madre no se oponía a las visitas, si objetaba la cantidad de visitas que solicitaban los abuelos Troxel. La razón que esgrimió fue su necesidad de consolidar el vínculo con Kelly Wynn, a su vez padres de dos hijos provenientes de una unión anterior, con quien había constituido una nueva familia. Por su parte, los Troxel que deseaban un mayor contacto con sus nietas, accionaron judicialmente, solicitando dos fines de semana al mes y dos semanas durante el verano. Ellos invocaban que en relación a las niñas “se encontraban ocupando el lugar de su hijo fallecido.” Por su parte, Tommie ofreció un encuentro al mes sin pernócta. En Primera Instancia la Corte de Skagit County de Washington ordenó una visita de un fin de semana por mes, una semana durante el verano y cuatro horas en los días correspondientes a los cumpleaños de cada uno de los abuelos. Tommie apeló y el Tribunal de Apelaciones revocó la decisión anterior en el entendimiento de que la legislación no reconocía legitimación activa a terceros en esta materia fuera del proceso de custodia. Durante la sustanciación del proceso Tommie contrajo matrimonio con K. Wynn y tuvo un hijo, así mismo, Wynn adoptó a Natalie e Isabella en 1996.

Los Troxel apelaron ante la Suprema Corte del Estado de Washington que decreto la inconstitucionalidad de la norma por entender que resultaba violatoria del derecho fundamental de los padres de educar a sus hijos. El Juez Madison reconoce que el régimen de autoridad parental admite algunas interferencias como ocurre en aquellos casos en los cuales ejercer el patronato cuando un niño ha sido lesionado o se encuentra en peligro de ser lesionado. Sin embargo, el estándar del “mejor interés” no resulta razón suficiente para habilitar la interferencia del Estado. Así pues, la Corte de Apelaciones de Washington revocó la resolución que había dispuesto las visitas a favor de los abuelos Troxel. La Corte Suprema del Estado de Washington confirmó la resolución de la Corte de Apelaciones, expresando que la Ley violaba el derecho fundamental de los padres, amparado por la Constitución Federal, de criar a sus propios hijos.

proceso de la Decimocuarta Enmienda Constitucional que recoge el derecho fundamental de los padres a tomar las decisiones concernientes al cuidado, custodia y control de sus hijos. En esta sentencia la mayoría de los miembros del Tribunal sostuvieron que cuando la situación resultaba satisfactoria no correspondía que el Estado interfiriese en la vida familiar en aras de una posible mejoría de la calidad de vida del niño. En este sentido, el Juez O'Connor entendió que la norma en cuestión violaba el derecho al debido proceso que tenía la madre en relación a las decisiones de cuidado, custodia y crianza de sus hijos. Por su parte el Juez Souter señaló que la norma era inconstitucional en razón de que contemplaba una legitimación activa excesivamente amplia y sólo tomaba el interés superior del niño como único requisito de admisibilidad.

Frente a estas opiniones, la minoría disidente del tribunal entendió que cabía reconocer ocasiones en las que el derecho de los padres debía ceder ya sea en favor del ejercicio de los derechos fundamentales del niño o en virtud de intereses de Estado. Pues, en definitiva, la fijación de un régimen de visitas, aún en contra de la voluntad de quien ejerce la patria potestad resultaba ser una injerencia menor que no lesionaba la autonomía de los padres en el ejercicio de sus derechos parentales.

A nuestro juicio, se debe tener en cuenta que el concepto de autonomía parental deviene y se vertebra en la legislación estadounidense en el seno de la familia nuclear intacta, no obstante, la existencia de realidades familiares complejas impone el reconocimiento de vínculos afectivos importantes en la vida de los menores con terceros que no necesariamente integran el sistema familiar nuclear tradicional. Así mismo, el razonamiento esgrimido por la mayoría del Tribunal conduciría a una suerte de presunción legal según la cual toda decisión parental habría de resultar en favor del mejor interés del niño.

En este sentido, uno de los Jueces disidentes, el Juez Stevens sostenía que resultaba saludable que la legislación permitiese que terceros pudiesen accionar a fin de solicitar la fijación de un régimen de visitas. Por su parte, el Juez Scalia sostenía la constitucionalidad del Estatuto de Washington en el entendimiento de que la Constitución federal enumera los derechos parentales como uno de los derechos protegidos, sin perjuicio de identificarlos con aquéllos derechos inalienables que se encuentran protegidos por la novena Enmienda. A su vez, el Juez Kennedy centraba su

voto en el análisis de las implicaciones de la aplicación del estándar del interés superior del niño (best interest standard) versus aquél que habilitaba la intervención en la vida familiar cuando se probaba el daño, peligro o riesgo para el niño (harm standard)

La lectura de los votos del Tribunal debe enlazarse con la doctrina de la Corte Suprema de EEUU que concibe la familia desde un enfoque nuclear, al tiempo que analiza la naturaleza de la autoridad parental en relación con el Estado, entendiendo que las reglas definidas sobre la base de los conceptos de Estado de familia y formas familiares no abarcan la compleja realidad familiar que exhiben hoy las familias norteamericanas. Actualmente los cincuenta Estados Norteamericanos prevén en sus legislaciones, con diferente alcance, derechos de visitas a favor de los abuelos.⁵⁹⁷ Si bien el desarrollo legislativo norteamericano ha evolucionado en el sentido de ir ampliando progresivamente los sujetos activos y pasivos en relación al derecho a mantener contacto y comunicación con los menores a través de los regímenes de visitas. En principio, el criterio predominante era reconocer este derecho a favor de tercero, siempre y cuando esto no supusiera daño para el menor. Posteriormente se interpretó que no sólo se debía proteger al niño, sino promover su mejor interés, produciéndose a partir de este cambio un conflicto de intereses, de un lado, el derecho de parientes a tener contacto periódico con el menor, siempre que dicho contacto fuese beneficioso para el menor, y de otro lado, el derecho de los padres a educar a sus hijos sin la interferencia de terceros. La doctrina judicial norteamericana ha interpretado que tales derechos se encuentran comprendidos en las Enmiendas nums. 5 y 14 de la Constitución de los EE.UU, que vedan que el gobierno interfiera en la esfera de las libertades individuales, sancionando que la libertad individual garantizada por la enmienda num.14 no significa meramente libertad física, sino que comprende la libertad de establecer un hogar, criar y educar a los hijos; y más aún que la libertad individual garantizada por la susodicha enmienda abarca la educación, custodia y la alimentación del niño, por ser funciones que atañen a los padres en un ámbito de libertad en la cual el Estado no puede ni debe interferir.

Así pues, lo que se trasluce de esta sentencia es la controversia existente en la legislación norteamericana entre el derecho fundamental de los padres a educar a sus

⁵⁹⁷ The International Survey of Family Law, 2002 Edition. Página 443

hijos sin la interferencia del Estado, siempre y cuando éstos sean capaces de hacerlo, y el otorgamiento del derecho de visitas a favor de parientes del niño que pretenden relacionarse con él. Distinguiéndose, a estos efectos, si nos hallamos ante un supuesto en los que la custodia del menor está controvertida judicialmente, en cuyo caso las leyes estatales son propicias a definir las circunstancias que permiten interferir en la vida familiar e imponer un régimen de visitas a favor de los abuelos. En estos casos se justifica la actividad del Estado al reconocerse “compelling interests” en juego. Frente a ello, se distinguen aquellos supuestos, en los que nos hallamos con un contexto de familia nuclear intacta, en los que mayoritariamente se rechaza la intromisión estatal en la vida familiar en virtud de un modelo ético, religioso y educativo que entiende que al no hallarse el matrimonio disuelto, la jerarquía del derecho constitucional de los padres a educar a sus hijos exige rechazar la petición del derecho de visitas por parte de los abuelos, aun cuando se presumiera que tal contacto podría resultar beneficioso para los menores.

Razonando que resulta difícil precisar el estándar jurídico que prioriza la calidad, fuerza e importancia de los vínculos al momento de dirimir un régimen de visitas en favor de terceros más allá del Estado de familia, así como los riesgos que entrañan las nociones marco que son particularmente frecuentes en el derecho de familia norteamericano. En cualquier caso, la posición minoritaria del tribunal orientada al reconocimiento y el respeto a la subjetividad del niño se hallan en franca oposición con la antigua conceptualización que instala al niño como mero objeto de protección.

En lo que atañe a nuestro CC, podemos argumentar que, salvo que se diesen situaciones de riesgo para los menores en las que resultase desaconsejable dicho contacto entre menor y el pariente en cuestión, por cuanto pudiesen comportar un peligro para la salud física o psíquica, la integridad moral o la seguridad del menor, en todos los demás supuestos debería encarecerse a los adultos el que favoreciesen tal comunicación que contribuye al pleno desarrollo de la personalidad del niño, teniendo siempre presente que el cumplimiento de la misma se va a llevar siempre a cabo en beneficio e interés del menor.

2. LA CUSTODIA COMPARTIDA Y EL DERECHO DE VISITA

A nuestro juicio, y como venimos reiterando en nuestra exposición, el término “visitas” resulta desafortunado, por cuanto resulta insuficiente para explicar una relación personal, entre un menor y el progenitor no custodio, mucho más compleja que la mera posibilidad de ver y visitar a un menor en su residencia habitual. Sin perjuicio de ello, podemos afirmar que “la guarda y custodia” implicará que el menor pernocte con los progenitores durante el período de tiempo que respectivamente se les haya atribuido de acuerdo con la modalidad de custodia compartida adoptada, sin diferenciar si aquel se encuentra en período lectivo o vacacional. Sin embargo, el “derecho de visita” establece, de ordinario, que el menor durante el período escolar deberá pernoctar en el domicilio del progenitor al que se le hubiere otorgado la guarda y custodia de dicho menor, con la excepción de hallarse el menor en período vacacional o de fin de semana.⁵⁹⁸

Se ha sostenido que, el régimen de visitas, comunicación y estancias no se limita a los supuestos de guarda exclusiva, pues, pese a acordarse el régimen de custodia compartida, los progenitores alternarán las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad establecida en la resolución judicial, de suerte que será necesario garantizar también en dicho régimen de custodia compartida o alterna el derecho a relacionarse con los hijos.⁵⁹⁹

La extensión del tiempo en la alternancia de la custodia compartida entre los progenitores admite la determinación de períodos temporales bastante amplios que pueden durar un semestre o inclusive un año. No obstante, el régimen de custodia compartida también puede acordarse por períodos de tiempo más cortos, de duración semanal o quincenal, que por su propia esencia podrían permitir la exclusión de las visitas por parte del progenitor no custodio en cada tramo temporal dado que el

⁵⁹⁸ LLORENTE PINTOS R. “El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta.” *En Revista de Derecho de Familia. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2006, núm. 33, octubre-diciembre de 2006. Página 27.* << Por el término vistas se entiende que el progenitor no custodio puede estar con sus hijos sin que éstos pernocten con él, en cambio por el vocablo estancias se infiere que el progenitor no custodio puede pernoctar con sus hijos. >>

⁵⁹⁹ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil...” *Op. Cit.*, Página 153.

derecho a relacionarse con los menores vendría salvaguardado por el propio funcionamiento del sistema de custodia compartida.⁶⁰⁰

El régimen de custodia compartida tiene como finalidad una distribución equitativa del tiempo entre ambos progenitores, a fin de que ambos participen de forma paritaria del cuidado, educación y formación del menor. No obstante, para que se haga efectiva la custodia compartida en una concreta situación de crisis familiar no es preciso como requisito sine quantum que exista una alternancia del 50% entre ambos progenitores, pues en la práctica será suficiente con una alternancia flexible. A estos efectos, debemos preguntarnos en qué difiere un régimen de custodia monoparental con un amplio régimen de visitas, de un sistema de custodia compartida con una alternancia flexible, siempre que ambos permitan a los progenitores participar en las decisiones que son inherentes a la formación y desarrollo del menor.⁶⁰¹

A nuestro juicio, el hecho de que exista un sistema de custodia monoparental con un amplio régimen de visitas, desnaturaliza el ya de por sí controvertido término de “visitas” en el marco de una relación parental, habida cuenta de que la utilización de la expresión “régimen de visitas o derecho de visitas” viene a presuponer que se establece una relación ajena, que poco o en nada casa con una relación paterno-filial entre un menor y el progenitor pretende ser una presencia constante en la vida de aquel, con la finalidad de participar en la educación, formación y desarrollo de dicho menor. Así pues, cuando en un proceso de separación o divorcio se establece un sistema de custodia monoparental con un régimen amplio de visitas, en la práctica su ejercicio no difiere del de un régimen de custodia alterna, pese a tratarse de dos figuras jurídicas diferentes.⁶⁰²

⁶⁰⁰ LÓPEZ ORDIALES J.J. “*Custodia compartida. Cuestiones.....*” *Op. Cit.*, Página 300. <<Es preciso evitar, en la medida de lo posible, los regímenes tipo (fines de semana alternos y mitad de vacaciones) y buscar el traje a medida para cada familia. >>

⁶⁰¹ BANDERA M. “*Custodia compartida.*” Edit. Arcoexpress, Barcelona, 2005. <<Compartir la custodia de un hijo no significa que se repartirá el tiempo que el niño pasa con cada uno de sus padres al 50% exacto ni tampoco que irá alternando sus viviendas. Este concepto quiere decir que las decisiones del día a día no serán exclusivamente asunto de uno de ellos. Pero sobre todo la custodia compartida implica que el menor verá garantizado su derecho a relacionarse por igual con sus dos progenitores. >>

⁶⁰² GARCÍA RUBIO M^a. P. y OTERO CRESPO M. “*Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005.*” *Op. Cit.*, Página 83. <<Desde el punto de vista de los administradores de justicia, la aplicación de un régimen de visitas amplio muchas veces disimula el pensamiento de los jueces que no aceptan la implementación de la custodia compartida, pero que por el contenido de sus dictámenes se asemejan a dicha modalidad de custodia. >>

Se ha señalado, en este sentido, que la custodia compartida o alternada pretende fortalecer el principio de igualdad que ha de regir entre ambos progenitores.⁶⁰³

De otro lado, como venimos mencionando, la implementación del régimen de custodia compartida resulta a todas luces compatible con el establecimiento de un régimen de visitas, así piénsese que, en aquellos supuestos en que se acuerda el régimen de guarda alterna, habrá períodos en que cada uno de los progenitores ejerce la guarda en exclusiva, debiendo también fijarse en dicho sistema este régimen de comunicación y estancia para aquel progenitor que en dicho período no ostente la guarda del menor, salvo que los períodos de alternancia fuese muy reducidos, en cuyo caso no sería preciso garantizar el derecho de los menores a relacionarse con el progenitor, puesto que ya lo haría el propio funcionamiento del sistema de guarda elegido. Si bien, con excepción de este caso, de ordinario, en un sistema de guarda alterna, cada uno de los progenitores alternará las posiciones de guardador y no guardador con la periodicidad fijada en la resolución judicial.⁶⁰⁴

A nuestro juicio, por tanto, con independencia del régimen de guarda establecido, el término “derecho de visitas” debería ser sustituido con el más amplio de “régimen de comunicación y estancia”, terminología más apropiada para abarcar la heterogénea gama de medios materiales de que se dispone en el marco de las relaciones paterno-filiales para fortalecer la relación y el afecto entre personas a los que unen vínculos emocionales o familiares.⁶⁰⁵

⁶⁰³ GODOY MORENO A. “La guarda y custodia compartida...” *Op. Cit.*, Página 337.

GOLDSTEIN JOSEPH I. *¿En el interés superior de quién?* *Op. Cit.*, Página 116. <<La custodia conjunta y el contacto o la visita se sustentan, e incluso se justifican, por las pautas de continuidad. >>

⁶⁰⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO C. “Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil.” *Op. Cit.*, Página 153.

⁶⁰⁵ En este sentido ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L. “Las reformas legales que nos esperan.” *Op. Cit.*, Página 50. <<El vocablo visitas es un término tradicional que obedece a otras épocas, siendo que en la actualidad dichos contactos esporádicos se han sustituido por estancias con continuidad, pernocte, comunicaciones personales, telefónicas y virtuales. >>

CONCLUSIONES

I.- Con la finalidad de preservar el principio de igualdad que debe existir entre los progenitores en una situación de separación o divorcio es recomendable que tanto la titularidad de la patria potestad como su ejercicio se mantengan de manera compartida en beneficio del menor. El ejercicio compartido de la patria potestad suscitará que los progenitores asuman con éxito su corresponsabilidad parental respecto de sus hijos. Así pues, en situaciones de crisis matrimoniales el mantenimiento del sistema compartido de la titularidad y el ejercicio de la patria potestad se perfila como el régimen más idóneo para la ejecución de todas las funciones inherentes a las relaciones paterno- filiales, al tiempo que posibilita de forma prioritaria la satisfacción del *bonus filii*, y ello sin perjuicio, de la necesaria adecuación a las especiales circunstancias de cada situación de separación o divorcio.

II.- La guarda como deber inherente a la patria potestad va a abordar el ámbito personal e inmediato del menor, esto es, las relaciones cotidianas y habituales fruto de la convivencia. A diferencia de ello, el ejercicio de la patria potestad contempla la responsabilidad integral del menor y va a implicar la realización material de las funciones específicas que entrañan las relaciones paterno- filiales.

III.- La modalidad de custodia compartida es una figura jurídica susceptible de ser aplicada en situaciones de crisis familiares, en la que los progenitores realizan las funciones inherentes a la patria potestad de forma periódica al convivir con sus hijos alternadamente, y en igualdad de derechos y obligaciones, en aras de satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los menores. En este sentido, consideramos más adecuada la terminología de “custodia alterna o alternativa” toda vez que la corresponsabilidad parental engloba el ejercicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores, tanto durante la unión conyugal, como a posteriori, una vez disuelto el vínculo conyugal.

IV.- El establecimiento del régimen de custodia compartida a través del previo acuerdo de los progenitores constituye el medio más idóneo de precautar el interés superior del menor. A nuestro juicio, el sistema de custodia compartida o alterna es una modalidad que prioriza el respeto y la colaboración entre los progenitores al objeto de facilitar la más frecuente y equitativa comunicación entre ambos, en aras al mejor interés de los menores implicados en un proceso de separación o divorcio, propiciando, así mismo, entre los progenitores una distribución equitativa y proporcional de las satisfacción de las necesidades materiales de los menores, así como de la atención, cuidado y protección que los mismos requieren.

V.- Considerando la heterogeneidad de situaciones de crisis familiares, sería conveniente la existencia de una regulación dual de modalidades de custodia, en aras de poder implementar la modalidad de custodia que mejor se adecue al interés superior del menor. Para ello sería recomendable que las condiciones de aplicación tanto de la custodia monoparental como de la custodia compartida no ostenten ninguna preferencia en la norma sustantiva, ni se vean coartadas por condicionante alguno que obstaculice su aplicación.

VI.- La regulación actual del régimen de custodia compartida en el derecho sustantivo no ha colmado las expectativas de los diferentes colectivos sociales, toda vez que demuestra que las mutaciones que acontecen en la sociedad no pueden quedar ajenas al Poder Legislativo, ni al Poder Judicial. El legislador no realizó una correcta valoración de la figura de la custodia compartida, no pudiéndose discernir con claridad, si la voluntad del legislador fue la de hacer prevalecer la custodia monoparental en detrimento de la custodia compartida, o de implementar ambos sistemas al mismo nivel. A nuestro juicio, es necesaria una reforma sustancial del artículo 92 del Código civil coherente con la realidad familiar actual.

VII.- En la modalidad de custodia compartida o alternada, un aspecto se nos revela como especialmente importante: el tiempo. El reparto del tiempo de convivencia es una de las cuestiones más delicadas y difíciles de los procesos matrimoniales y de cese de las uniones de hecho, en la que han valorarse factores tan dispares como la capacidad de atención de los progenitores respecto de los hijos, el entorno familiar, la

voluntad de los implicados teniendo en cuenta su capacidad de comprensión de la nueva situación familiar, el arraigo social de los menores al entorno en el que habitualmente han convivido con sus progenitores, y todo ello, atendiendo principalmente al interés del menor tanto desde un parámetro objetivo, que abarcaría el más amplio concepto de bienestar físico, material y espiritual, como desde un parámetro subjetivo, que englobarían los deseos, inclinaciones, preferencias y aspiraciones de los propios menores, atendiendo siempre a las concretas circunstancias personales de los mismos.

VIII.- El principio de interés superior del menor, esto es, su bienestar intrínseco, se constituye en el centro de gravedad en cuanto criterio de atribución de un determinado régimen de guarda y custodia. Si bien, ello resulta extremadamente complejo, si previamente no establecemos los parámetros entre los cuales habrá de encuadrarse el favor filii. A nuestro juicio, el principio del interés superior del niño puede definirse como toda circunstancia o actuación personal, profesional o institucional que sitúe al menor en un contexto de estabilidad emocional, familiar y material en relación con su propia realidad circundante.

Las técnicas de determinación del interés del menor constituyen una valiosa herramienta en la implementación de un determinado régimen de custodia, en la medida en la que exista una valoración casuística, previa apreciación axiológica de todas las particulares circunstancias que comprenda la crisis familiar adecuadas al ámbito jurídico.

IX.- Las resoluciones dictadas por los Tribunales de Justicia a la hora de implementar una determinada modalidad de custodia tienden a acordar medidas que impliquen la menor alteración posible en la vida cotidiana de los menores, ello, no obstante, va a obstaculizar la conformación de una nueva reestructuración familiar, impidiéndose, en consecuencia, otras formas de convivencia que pudieran resultar más beneficiosas para los menores.

X.- La participación activa del menor en la determinación de su propio interés, siempre y cuando sus deseos coincidan con su mayor beneficio, se debe constituir en un parámetro importante al tiempo de acordar un determinado régimen de custodia.

Postura esta, que parece venir refrendada por las últimas reformas legislativas: la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia, la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

XI.- Las medidas adoptadas en las situaciones de crisis familiares en relación con la implementación de un determinado régimen de custodia no son inalterables, habida cuenta de que no van a ser ajenas a las variaciones que pudiesen acontecer, y que podrán suponer una variación sustancial de los factores que condicionaron la adopción de las primitivas medidas, debiéndose, en consecuencia, reequilibrar la nueva situación creada bajo el parámetro del favor filii. Sería conveniente la valoración de las nuevas circunstancias mediante el apoyo de especialistas a fin de determinar si la presencia de una nueva pareja sentimental en el entorno familiar, si el traslado de domicilio o las complejas relaciones entre los progenitores inciden negativamente en la posterior evolución y desarrollo emocional del menor. Se deben considerar los efectos de esta nueva situación familiar y valorar su repercusión en la vida del menor, antes de adoptar una decisión que pueda modificar el régimen de custodia establecido, valorándose, así mismo, íntegramente las circunstancias que rodean a la estructura familiar.

XII.- Los progenitores podrán auxiliarse del instrumento de la mediación familiar como herramienta útil que habrá de permitirles alcanzar un acuerdo en los aspectos más controvertidos de la adopción de un régimen de custodia. El carácter educativo que reviste la mediación familiar va a coadyuvar en la concienciación y corresponsabilización de los progenitores en orden a sus funciones parentales. La mediación familiar se constituye como una herramienta para facilitar la recomposición de los intereses en conflicto, acercando posturas y cooperando a la reducción del colapso de los tribunales de justicia.

XIII.- La actitud claramente reivindicativa manifestada por uno o ambos progenitores respecto a la atribución de un determinado régimen de custodia, en ocasiones oculta la concurrencia de otros intereses de contenido económico, en especial, la obtención

de réditos materiales indirectos como el uso de la vivienda familiar o la percepción de pensiones. Por ello sería conveniente desvincular la concurrencia de estos intereses cuando no confluyen con el verdadero interés del menor. En este sentido, sería conveniente separar el ejercicio de la patria potestad del uso de la vivienda familiar, al tiempo que sería recomendable que el Estado promoviese una política de cooperación en favor de los progenitores divorciados en aras a que éstos puedan cubrir sus necesidades habitacionales.

Así pues, sería recomendable la modificación del artículo 96 del Código civil para suavizar el automatismo del precepto, fijándose vía legal una aplicación del mismo a favor del interés más necesitado de protección, salvaguardando siempre el derecho de uso de los hijos para habitar una vivienda en su entorno habitual, y concediendo al Juez la facultad para acordar, bien atribuir el uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, o bien acordar la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o la adjudicación a uno de ellos, abonándosele al otro cónyuge el importe que le correspondiese por la venta, fijándose, no obstante, en los supuestos de existencia de hijos comunes unos plazos máximos legales de asignación del uso de la vivienda familiar.

XIV.- El régimen de custodia compartida no va a significar la exoneración de las cargas alimenticias por parte de los progenitores, sino una ordenación consensuada y predeterminada de las mismas, debiendo preverse un sistema consensuado de toma de decisiones respecto de su devengo dotado de las suficientes garantías recíprocas. En este sentido, la modalidad de custodia compartida no exime la aplicación del criterio de la proporcionalidad que exige el artículo 146 CC, si bien, deberá concretarse el modo en que ambos progenitores van a contribuir a satisfacer las necesidades de los hijos. Sería conveniente establecer una contribución individualizada en función de las respectivas capacidades económicas de los progenitores, y las correlativas necesidades de los hijos, debiendo ser abonada una suma adecuada para la cobertura de las necesidades ordinarias. Siendo ello compatible, con la fijación de un porcentaje de contribución destinado a dar cobertura a las necesidades o gastos extraordinarios.

XV.- El derecho de visitas puede concebirse como el medio idóneo para fortalecer el afecto y la relación entre personas a las que unen vínculos de filiación, dirigiéndose a

preservar, en la medida de lo posible, la unidad familiar en circunstancias de deterioro de las relaciones entre los progenitores, consistiendo, fundamentalmente, en un derecho de comunicación, en el sentido más extenso de la expresión. Por tanto, con independencia del régimen de guarda establecido, el término “derecho de visitas” debería ser sustituido con el más amplio de “régimen de comunicación y estancia”, terminología más apropiada para abarcar la heterogénea gama de medios materiales de que se dispone para el ejercicio de ese derecho.

BIBLIOGRAFÍA

-**ALBALADEJO GARCÍA M.** *“Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia”*. Edit. Bosch, Madrid, 2013.

-**ALBÁCAR LÓPEZ J.** *“Protección de la intimidad del menor.”* Diario La Ley 1996, Ref. D-58, Tomo 1º. Edit. La Ley.

-**ALEVEDO BERMEJO A.** *“El divorcio sin pleito. El abogado y la mediación familiar.”* Edit. Tecnos, Madrid, 2009.

-**ÁLVAREZ VÉLEZ M^a I.** *“La política de protección de menores en el ámbito internacional.”* En RODRÍGUEZ TORRENTE J. *“El menor y la familia: Conflictos e implicaciones.”* Edit. UPCO, Madrid, 1998.

-**ALZAGA VILLAMIL O.** *“La Constitución Española de 1978 (Comentario sistemático).”* Edit. Del Foro, Madrid, 1978.

-**AMO DEL AMO M. C.** *“Mujer, familia y trabajo.”* Universidad de Málaga. Servicio de publicaciones, 2010.

-**ATIENZA M.** *“Las razones del derecho, teorías de la argumentación jurídica.”* Edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

-**AUTORINO STANZIONE G.** *“Diritto di famiglia.”* G. Giappichelli. Editore Torino, 1997.

-**BACHS ESTANY J. M.** *“La actuación de los poderes públicos en el ámbito autonómico.”* En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) *“Explotación y protección jurídica de la infancia.”* Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

-**BANDERA M.** *“Custodia compartida.”* Edit. Arcoexpress, Barcelona, 2005.

-**BAUSERMAN R.** *“Child Adjustment in Joint- Custody Versus Sole – Custody Arrangements: A Meta- Analytic Review.”* Journal of Family Psychology, Vol. 16, núm. 1, 2002. Páginas 91-102

-BJARNASON T. / BENDTSEN P. / ARNASSON A. M./ BORUP I./ LANNOTTI R. J./ LÖFSTEDT P./ HAAPASALO I./ NICLASEN B. *"Life Satisfaction Among Children in Different Family Structures: A Comparative Study of 36 Western Societies."* *Children & Society*, Vol. 26, núm.1, enero 2012. Páginas 51-62

-BENAVENTE MOREDA P. *"La custodia de los hijos menores de edad. El artículo 159 del Código civil tras la Ley 11 de octubre de 1990."* En *Revista Jurídica de Castilla La Mancha*, enero-agosto 1991.

-BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO R. *"Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia."* Edit. Bercal, Madrid, 2013.

"Comentarios al Código civil." Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 2ª Edición.

-BORTOLOTTI P. *"Feminismo e partiti politici in Italia, 1919-1926."* Roma, 1978.

-BOSSERT G. A. y ZANNONI E. A. *"Manual de Derecho de Familia."* Edit. Astrea, Buenos Aires, 1990. 2ª Edición.

-BLANDINO GARRIDO M. A. *"Tratamiento de las Concretas Medidas Definitivas de las Sentencias Matrimoniales."* En ÁLVAREZ ALARCÓN A. / BLANDINO GARRIDO M. A. / SÁNCHEZ MARTÍN P. *"Las Crisis Matrimoniales: Nulidad, Separación y Divorcio"*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-BRENNAN S. y NOGGLE R. *"The moral status of children: Children 's rights, parent's rights, and family justice."* En *Social Theory and Practice*, Vol.23, núm.1, spring, 1997. Páginas 1-26.

-CABALLERO GEA J. A. *"Matrimonio. Contrayentes del mismo o diferente sexo. Separación y divorcio. Unión de hecho. Acogimiento y adopción. Violencia de género, pensión impagada."* Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

-CALDERÓN CUADRADO M. P. *"Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 y 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)"* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

- CAMPOY CERVERA I.** *“Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas.”* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Edit. Dykinson, Madrid, 2007.
- CAPELLA J. R.** *“Elementos de análisis jurídico.”* Edit. Trotta, Madrid, 1999.
- CARBAJO GONZÁLEZ J.** *“La filiación a finales del siglo XX.”* Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana, ponencias y comunicaciones Vitoria – Gasteiz 28- IX a 2-X- 1987. Edit. Trivium, 1988.
- CARRIÓ GENARO R.** *“Dworkin y el positivismo jurídico.”* Edit. Madero, México, 1981.
- CASTAN TOBÉÑAS J.** *“Derecho Civil español, común y foral, T.V. Derecho de familia. - Vol. 2º: Relaciones paterno – filiales y tutelares.”* Edit. Reus, Madrid, 1995. 10º Edición.
- Vol.1º: Relaciones conyugales.* Edit. Reus, Madrid, 1994. 12º Edición.
- “La patria potestad”* Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- CASTILLA BAREA M.** *“Notas sobre la guarda y custodia de los hijos a propósito de la aragonesa Ley de Igualdad de las Relaciones Familiares ante la Ruptura de la Convivencia de los Padres.”* En Aranzadi Civil-Mercantil, núm. 7/2010, Sección Estudio. Edit. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- CASTILLEJO MANZANARES R.** *“Mediación en el ámbito familiar: Marco normativo.”* En SOLETO MUÑOZ H. y OTERO PARGA M. *“Mediación y Solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente.”* Edit. Tecnos, Madrid, 2007.
- CASTILLO MARTÍNEZ C. C.** *“La determinación en la guarda y custodia de los menores en los supuestos de crisis matrimonial o convivencial de sus progenitores. Especial consideración de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005, de 8 de julio.”* En Actualidad Civil, núm. 15, Quincena del 1 al 15 de septiembre de 2007, Tomo II. Edit. La Ley, Madrid, 2007.
- CHESTERSON G. K.** *“La superstición del divorcio seguido de divorcio versus democracia.”* Edit. Espuela de Plata, Sevilla, 2013.

- CHRISTOFFERSEN M.N.** *"Growing up with dad: A comparision of children aged 3-5 yeras old living with their mothers or their fathers."* *Childhood* 1988, Vol. 5, núm. 1. Páginas 41-54.
- CORDERO CUTILLAS I.** *"El convenio regulador en las crisis matrimoniales (Estudio Jurisprudencial)"* Edit. Aranzadi, Navarra, 2004.
- CORVO LÓPEZ F. M.** *"El alcance del deber de confidencialidad en el proceso de mediación familiar."* En *Revista Doctrinal Aranzadi Civil- Mercantil*, núm. 1. Edit. Aranzadi, Navarra, 2011.
- COUTUNIER-BOURDINIERE L.** *"La protection du sportif mineur."* En *Recueil le Dalloz*, núm. 20, supl. 2001. Páginas 43-60.
- CRESPO ALLUÉ F.** *"La Responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos menores."* En GUILARTE MARTÍN- CALERO C. *"Aspectos Civiles y Penales de las crisis matrimoniales."* Edit. Lex Nova, Valladolid, 2009. 1ª Edición.
- DE CASTRO GARCÍA J.** *"La investigación de la paternidad"*. Edit. Colex, Madrid, 1992.
- DE LAMA AYMÉ A.** *"La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad."* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- DE LAS HERAS J.** *"Conflictos de pareja."* Edit. Espasa, Madrid, 2003.
- DE LA IGLESIA MONJE M. I.** *"Custodia compartida de ambos progenitores."* *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 702, julio- agosto de 2007.
- DE LA OLIVA VÁZQUEZ A.** *"Derechos y obligaciones del progenitor no custodio para con los hijos: Problemas y Alternativas."* En GARCÍA GARNICA M. C. *"La protección del menor en las rupturas de pareja."* Edit. Aranzadi, Navarra, 2009. 1ª Edición.
- DELGADO DEL RIO G.** *"La custodia de los hijos. La guarda compartida: opción preferente."* Edit. Civitas, Madrid, 2010.
- DEL VAS GONZÁLEZ J. M.** *"Institucoines Jurídicas de Protección del Menor en el Derecho Civil Español."* Colegio de Registradores de la propiedad Y Mercantiles de España. DE LA IGLESIA MONJE M. (Dir.) Colección Monografías, Madrid, 2009.

-**DE LORENZI M.** *“¿De dónde vengo? La problemática pregunta por los orígenes formulada por los hijos nacidos de Técnicas de Reproducción asistida”* Páginas 797-838, En VILLAGRASA ALCAIDE C. y RAVETLLAT BALLESTÉ I. (Coords.) *“Por los derechos de la infancia y la adolescencia.”* Edit. Bosch, Barcelona, 2009, 1ª Edición.

-**DE PAÚL OCHOTORENA J. y ARRUABARRENA MADARIAGA M. I.** *“Manual de protección infantil.”* Edit. Masson, Barcelona, 2001.

-**DE TORRES PENA J. M.** *“Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Interés del menor y Derecho de Familia una perspectiva Multidisciplinar.”* Edit. Iustel, Madrid, 2009.

-**DETTEBORN H.** *“Kindeswohl und Kindeswille.”* München, 2001.

-**D’HEUR BERN J.** *“Kindeswohl staatliches Wächteramt und Reform des Kinder-und Jugendhilferechts.”* RdJB, 1992.

-**DÍAZ- AMBRONA BARDAJÍ M. D. / HERNÁNDEZ GIL F.** *“Lecciones de Derecho de Familia.”* Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008. 2ª Edición.

-**DÍEZ – PICAZO L.** *“El principio de protección integral de los hijos” (tout pour l’enfant)* en Familia y Derecho. Edit. Civitas, Madrid, 1984.

“Estudios de Derecho Privado.” Edit. Civitas, Madrid, 1980.

“Experiencias jurídicas y teoría del derecho.” Edit. Ariel, Barcelona, 1987.

“Familia y Derecho.” Edit. Civitas, Madrid, 2004.

-**DÍEZ - PICAZO GIMENEZ G.** *“Derecho de familia.”* Edit. Civitas, Madrid, 2012.

-**DÍEZ- PICAZO Y PONCE DE LEÓN L. Y GULLON BALLESTEROS A.** *“Sistema de Derecho civil. Vol. IV. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones.”* Edit. Tecnos, Madrid, 2012.

-**DÍAZ MARTÍNEZ A.** *“La doble maternidad legal derivada de la utilización de Técnicas de Reproducción asistida humana.”* DPC, núm. 21, 2007. Páginas 75- 129.

“Las figuras contractuales en la reproducción asistida humana: especial estudio de la prestación de servicios de medicina reproductiva en centros privados” Páginas 67-102.

(Coord.) "Régimen Jurídico- privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reforma." Edit. Dykinson, Madrid, 2006.

-**DOGLIOTTI M.** *"Ché cosa e' l'interesse del minore? "* En *Il diritto di famiglia e delle persone*, Vol. 21, núm. 4, 26 febbraio 1992, Torino. Páginas 1093-1101.

-**DÚRAN AYAGO A.** *"La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico."* Edit. Colex, Madrid, 2004.

-**DURÁN y LALAGUNA P.** *"Nuevos retos para el derecho."* Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 2009.

-**DWORKIN R.** *"Los Derechos en serio."* Edit. Ariel, Barcelona, 2012.

"El imperio de la justicia." Edit. Gedisa, Barcelona, 1988.

-**ECHARTE FELIÚ A. M.** *"Patria potestad en situaciones de crisis matrimonial."* Edit. Comares, Granada, 2000.

-**EEKELAAR J.** *"The interest of the child and the childs wishes: The role of the dynamic self-determinism."* In *International Journal of Law Policy and the Family*, Oxford University Press, 1994. Páginas 42-61.

-**ESPARZA OLCINA C.** *"La guarda compartida."* En DE VERDA y BEAMONTE J.R. *"Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia de 2005."* Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 1ª Edición.

-**FÁBREGA RUÍZ C. F.** *"Biología y Filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida."* Biblioteca de Derecho y Ciencias de la vida. Edit. Comares, Granada, 1999.

-**FALCÓN Y TELLA M. J.** *"Equidad, Derecho y Justicia."* Edit. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2005.

-**FARIÑA RIVERA F. / ARCE FERNÁNDEZ R. / SEJO MARTÍNEZ D.** *"Razonamientos Judiciales en procesos de Separación: análisis cognitivo y de contenido de las motivaciones."* Vol. 17, núm. 1, Edit. Psicothema, 2005.

- FABRICIUS W. V. y LUECKEN L. J.** *"Postdivorce Living Arrangements, Parent Conflict, and Long- Term Physical Health Correlates for Children of Divorce."* Journal of Family Psychology, Vol. 21, núm.2, 2007. Páginas 195-205.
- FREIJANES BENITO A.** *"La protección de los derechos de los menores en casos de divorcio y separación."* En RODRÍGUEZ TORRENTE J. *"El menor y la familia: conflictos e implicaciones."* Edit. UPCO, Madrid, 1998.
- GARCÍA GARNICA M^a C.** *"La protección del menor en las rupturas de pareja."* Edit. Aranzadi, Pamplona, 2009.
- GARCÍA ABURUZABA M. P.** *"La protección de la familia desde los procesos matrimoniales."* Edit. Aranzadi, Pamplona, 2009.
- GARCÍA AMADO J. A.** *"Teorías de la tónica jurídica."* Edit. Civitas, Madrid, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E. y FERNÁNDEZ T. R.** *"Curso de Derecho Administrativo I."* Edit. Civitas, Madrid, 1995. 7^a Edición.
- GARCÍA GIL F. J.** *"Código de la familia y las uniones de hecho."* Edit. Dijusa, Madrid, 2007.
- GARCÍA GONZÁLEZ J. A.** *"Jurisprudencia sobre el Derecho de familia en Cataluña."* Edit. José María Bosch Editor, Barcelona, 2008.
- GARCÍA RUBIO M. P. y OTERO CRESPO M.** *"Apuntes sobre la referencia expresa al ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos en la Ley 15/ 2005."* En SÁEZ HIDALGO I. (Dir.) *Revista Jurídica de Castilla y León, nº 8, febrero.* Edit. Junta de Castilla y León, Valladolid, 2006.
- GARRIDO FALLA F.** *"Comentarios a la Constitución."* Edit. Civitas, Madrid, 1985.
- GARRIGA GORINA M.** *"El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta."* *Revista In Dret, Barcelona, 2008.*
- GASSÓ PERALTA R.** *"La pobreza y la explotación infantil en el mundo, marco general de análisis."* En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) *"Explotación y protección jurídica de la infancia."* Edit. Cedecs, Barcelona, 1998.

-GAUDET J. y MORENO VELASCO V. *“La problemática del uso de la vivienda familiar en supuestos de custodia compartida: Reflexión comparativa España y EE. UU.”* En *Diario La Ley*, de 21 de mayo de 2009, núm. 7179, Año XXX, Ref. D-183, Sección Tribuna. Edit. La Ley, 2009.

-GETE -ALONSO y CALERA M. J. *“Determinación de la filiación en el Código de Familia de Catalunya.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

-GETE- ALONSO Y CALERA M.J. /YSÁS SOLANES M. / SOLÉ RESINA J. *“Derecho de Familia.”* Edit. Cálamo Producciones Editoriales, Barcelona, 2005. 2ª Edición.

-GETE –ALONSO Y CALERA M.J. / YSÁS SOLANES M. / SOLÉ RESINA J. *“Derecho de familia vigente en Cataluña.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013. 3ª Edición.

-GERNHUBER JOACHING y COESTER- WALTJEN DAGMAR *“Lehrbuch des familienrechts.”* Munich, 1994, 57, IV, << Daswohl des Kindes>>

-GODOY E. *“El niño ante el divorcio.”* Edit. Pirámide, Madrid, 2002.

-GOLDSTEIN JOSEPH I. *“¿El interés superior de quién?”* en Beloff, M. (Compiladora) *Derecho, Infancia y Familia.* Edit. Gedisa, Barcelona, 2000.

-GONZÁLEZ CANO M. I. *“Los Métodos alternativos de resolución de conflictos.”* En SOLETO MUÑOZ H. y OTERO PARGA M. *“Mediación y Solución de conflictos. Habilidades para una necesidad emergente.”* Edit. Tecnos, Madrid, 2007.

-GONZÁLEZ DEL POZO J. P. *“Análisis crítico de las medidas judiciales a adoptar ante la falta de acuerdo de los progenitores en la llamada Ley de Custodia Compartida de Aragón.”* *Diario La Ley* de 29 de diciembre de 2010, núm. 7537, Año XXXI. Edit. La Ley, 2010.

“Comentarios sobre el ámbito de aplicación y el contenido del Pacto de Relaciones Familiares en la Ley de Custodia compartida de Aragón.” *Diario La Ley*, de 16 de diciembre de 2010, núm. 7529, Año XXXI. Edit. La Ley, 2010.

-GONZÁLEZ MORENO B. *“El Principio de igualdad en el ámbito del Derecho de Familia: La Custodia compartida.”* En GONZÁLEZ MORENO B. Y OTROS. *“Políticas de Igualdad y Derechos Fundamentales.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

-GONZÁLEZ ORVIZ M. E. *“Modelo de guarda y custodia.”* Edit. Bosch, Barcelona, 2010.

-GONZÁLEZ VICENTE P. *“Procedimiento consensuado.”* En GONZÁLEZ POVEDA P. y GONZÁLEZ VICENTE P. (Coords.) *“Tratado de Derecho de Familia, Aspectos sustantivos y procesales.”* Edit. Sepín, Madrid, 2005.

“Siete Años en el Juzgado de Familia.” En *“Diez Años de Abogados de Familia.”* Obra colectiva, Asociación española de Abogados de Familia, Madrid, 2003.

-GUILARTE MARTÍN CALERO C. *“Comentarios del nuevo artículo 92 del Código civil”* en GUILARTE GUTIÉRREZ V. (Dir.) *“Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio (Ley 15/ 2005, de 8 de julio)”* Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005.

“La custodia compartida alternativa.” Revista *In Dret*, Barcelona, abril 2008.

-GUIRIENA LEKUE A. *“La suficiencia de juicio del menor y el criterio de oportunidad en los procesos de separación y divorcio”* *Diario La Ley*, Nº 6823, Año XXVIII, 19 noviembre de 2007, Ref D-248. Edit. La Ley.

-GULLÓN BALLESTEROS A. *“Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del menor.”* En *La Ley*, XVIII, núm. 3970, febrero de 1996, Tomo I. Páginas 1690-1693.

-GUZMÁN ZAPATER M. *“El Derecho a la Investigación de la Paternidad.”* Universidad Nacional de Educación a Distancia. Cuadernos Civitas, Madrid, 1996.

-HAMILTON C. *“Implementing children ´s rights under the un convention on the rights of the child.”* En *Democracy, the Rule of law and Islam*. Kluwer law International. London, 1999.

-HERRERA DE LAS HERAS R. *“Sobre la necesidad de una nueva regulación de la guarda y custodia compartida.”* En *Revista Actualidad Civil*, núm. 15, Quincena del 16 al 31 de mayo de 2011, Tomo I. Edit. La Ley, 2011.

- HERNÁNDEZ GIL F.** *“El derecho del niño a su identidad personal.”* Estudios del Ministerio Fiscal nº 3, Madrid, 1995.
- HERRÁNZ BALLESTEROS M.** *“El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.”* Edit. Lex Nova, Valladolid, 2004.
- HESSEN J.** *“Teoría del conocimiento.”* Edit. Orbe, Santiago de Chile, 1979.
- HIERRO SÁNCHEZ L.** *“Los derechos de los niños. El niño y los derechos humanos”* Universidad Carlos III de Madrid. Edit. Dykinson, 2007.
- HIJAS FERNÁNDEZ E.** *“Los procesos de familia: una visión judicial.”* Edit. Colex, Madrid, 2007.
- IGLESIAS DE USSEL J. / TRINIDAD REQUENA A.** *“Leer la sociedad. Una introducción a la sociología general.”* Edit. Tecnos, 2006, 2ª Edición.
- IGLESIAS REDONDO J. I.** *“Guarda asistencial, tutela x lege y acogimiento de menores.”* Edit. Cedecs, Barcelona, 1996.
- ITURRALDE SESMA V.** *“Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- IVARS RUÍZ J.** *“Falta del debido ajuste en la terminología utilizada.”* Guarda y custodia compartida. Aspectos procesales y sustantivos. Doctrina y Jurisprudencia. Valencia, 2008, 2ª Edición.
- JIMÉNEZ LINARES M. J.** *“La modificación de la pensión de alimentos a hijos menores por alteración de las circunstancias.”* En Aranzadi Civil- Mercantil, Volumen III, Sección Estudio. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999.
- JIMENEZ MUÑOZ F. J.** *“La Reproducción asistida y su régimen jurídico”* Colección Jurídica General. Monografías. Edit. Reus, Madrid, 2012.
- KERRY COLLEEN M. / TORRES A. /SEEMANN ERIC A.** *“Journal of Divorce & Remarriage.”* Psychology Department, University of Alabama, octubre de 2008.

-LA CRUZ BERDEJO J.L. / SANCHO REBULLIDA F. DE A. / LUNA SERRANO A. / DELGADO ECHEVARRÍA J. / RIVERO HERNÁNDEZ F. / RAMS ALBESA J. *"Elementos de Derecho Civil" T.I: Personas. Vol.2º: Personas."* Edit. Dykinson, Madrid, 2010. 6º Edición.

-LATHROP GÓMEZ F. *"La custodia compartida de los hijos."* Edit. La Ley Actualidad, Madrid, 2008.

"Custodia compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas." En *Diario La Ley*, 29 de junio de 2009, Año XXX, núm. 7206, Sección *Doctrina*. Edit. La Ley, 2009.

-LASARTE ÁLVAREZ C. *"Derecho de Familia. Principios de Derecho Civil."* Tomo VI. Edit. Marcial Pons, Madrid, 2010. 9º Edición.

"Compendio de Derecho de familia." Edit. Dykinson, Madrid, 2013. 3º Edición.

"Patria potestad, guarda y custodia." Congreso IDADFE 2001. Edit. Tecnos, Madrid, 2014.

-LÁZARO GONZÁLEZ I. (Coord.) *"Los menores en el Derecho Español- Práctica Jurídica."* Edit. Tecnos, Madrid, 2002.

-LÁZARO PALAÚ C. M. *"La pensión alimenticia de los hijos. Supuestos de separación y divorcio."* Edit. Aranzadi, Navarra, 2008. 1ª Edición.

-LINACERO DE LA FUENTE M. *"Protección Jurídica del Menor."* Edit. Montecorbo, Madrid, 2001.

"Prácticas jurídicas. Derecho civil. Derecho de familia." Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

"Acerca de la posible inconstitucionalidad del artículo 159 del Código civil," RDP 1990. Julio-Agosto.

"La protección del menor en el Derecho civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero." En *Actualidad Civil*, núm. 48, 27 de diciembre de 1999 a 2 de enero de 2000, Tomo IV.

-LÓPEZ AGUILAR J. F. *“Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial”* En *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 655, BIB 2005/156, 3-02-05.

-LOPEZ ALARCÓN M. *“El nuevo sistema matrimonial español- Nulidad, separación y divorcio.”* Edit. Tecnos, Madrid, 1983.

-LÓPEZ Y LÓPEZ A. M. / MONTÉS PENADÉS V. L. / ROCA I TRÍAS E. *“Derecho Civil. Parte General. Derecho de la persona.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. 4ª Edición.

-LÓPEZ MORENO P. M. y ALONSO ESPINOSA F. J. *“Custodia compartida e interés superior del menor.”* *Diario La Ley*, núm.8556, Sección Doctrina, 8 de junio de 2015, Ref. D-229. Edit. La Ley, 2015.

-LÓPEZ–MUNIZ GOÑI M. *“El procedimiento contencioso de separación y divorcio.”* Edit. Colex, Madrid, 2005. 8ª Edición.

“El proceso matrimonial de común acuerdo.” Edit. Colex, Madrid, 2006. 5ª Edición.

-LÓPEZ ORDIALES J. J. *“Custodia compartida. Cuestiones procesales.”* En *“La Jurisdicción de Familia: Especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida.”* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2008.

-LONY NICOLÁS F. R. *“Los hijos y el divorcio. Cincuenta formas de ayudarlos a superarlo.”* Edit. Mac Graw-Hill, 2002.

-LORCA NAVARRETE A. M. y DENTICI VELASCO N. M. *“La regulación de la separación y el divorcio en la nueva “Ley del Divorcio” de 2005 con especial referencia a la mediación familiar.”* Edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal (IVADP), San Sebastián, 2005.

-LLEDÓ YAGÜE F. *“El matrimonio. Situaciones análogas a la convivencia. Medidas y efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio y el Registro Civil.”* Edit. Dykinson, Madrid, 2011.

-LLORENTE PINTOS R. *“El régimen de visitas: La corta edad como impedimento para la pernocta.”* En *Revista de Derecho de Familia*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2006, núm. 33, octubre-diciembre de 2006.

“Patria potestad, filiación y adopción.” Edit. Dykinson, Madrid, 2011.

- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO M. T. *“Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia en el proceso contencioso”.* *Diario La Ley*, Núm. 7105, Año XXX, 2 de febrero de 2009.

-MARTÍN CASALS M. *“Líneas generales de la mediación familiar en España.”* En GARCÍA GARNICA M. C. y otros. *“Aspectos actuales de la protección jurídica del menor. Una aproximación interdisciplinar.”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2008.

-MARTÍN MELÉNDEZ M^a T. *“Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (Artículo 96 CC) Teoría y Práctica judicial.”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2005.

-MARTÍN HERNÁNDEZ J. *“Protección de menores. Una Institución en crisis.”* Edit. Pirámide, Madrid, 2009.

“La intervención ante el maltrato infantil, una revisión del sistema de protección.” Edit. Pirámide, Madrid, 2005.

-MARTÍNEZ DÍAZ M. P. *“Cambios familiares en la transición a la paternidad/maternidad.”* En ADROHER BIOSCA S. y NUÑEZ PARTIDO J. P. (Coords.) *“Familia y Trabajo.”* Edit. Comillas, Madrid, 2003.

-MARTÍNEZ ESCRIBANO C. *“Comentarios a la Disposición Adicional Única de la Ley 15/2005.”* En GUILARTE GUTÉRREZ V. y OTROS. *“Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio: Ley 15/2005, de 8 de julio.”* Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005. 1^a Edición.

-MARTÍNEZ GALLEGO E. M^a. Y BENITO DE LOS MOZOS A. I. *“Mujer sujeto u objeto de derecho.”* En LOPEZ DE LA VIEJA M^a. T. (Ed.) *“Feminismo del pasado al presente.”* Edit. Universidades Salamanca, Salamanca, 2000.

-**MARTÍNEZ GALLEGO E. M^a.** *“El derecho ante la violencia doméstica.”* En MARTÍNEZ GALLEGO E. M^a. Y REGUERO CELADA J. (Coords.) *“Mujer y empleo, Una estrategia para la igualdad.”* Edit. Comares, Granada, 2004.

“Las recientes reformas del Derecho de Familia.” En FIGUERUELO BURRIEZA A. e IBÁÑEZ MARTÍNEZ M^a. L. (Eds.) *“El reto de la efectiva igualdad de oportunidades.”* Edit. Comares, Granada, 2006.

-**MARTÍNEZ GARCÍA J. I.** *“La imaginación jurídica.”* Edit. Debate, Madrid, 1992.

-**MARZATICO F.** *“Las garantías constitucionales de los derechos de los niños.”* En MARTÍNEZ GALLEGO E. M^a. (Coord.) *“Menores: Instituciones de protección y responsabilidad.”* Edit. Fund. Diagrama, Murcia, 2004.

-**MASON EKMAN M. A.** *“¿Cómo pueden enfrentarse los padres a las mentiras de sus hijos?”* En EKMAN P. *“Por qué mienten los niños, como pueden los padres fomentar la sinceridad.”* Edit. Paidós, Barcelona, 1999.

-**MAZEAUD H. L. y MAZEAUD J.** *“Lecciones de Derecho civil.” Volumen IV,* Edit. Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1976. Traducido por ALCALÁ- ZAMORA y CASTILLO L.

-**MERINO MERCHÁN J. F.** *“Fuero Judicial aplicable a la Filiación extramatrimonial y a los actos testamentarios del Rey.” UNED Revista de Derecho Político .Nº 71-72, enero-agosto 2008.*

-**MIERES MIERES L. J.** *“Intimidad personal y familiar.”* Prontuario de Jurisprudencia Constitucional. Edit. Aranzadi, Pamplona, 2002.

-**MONTORO GURICH C.** *“Familia y cambio social en la España del siglo XX.”* Ediciones Rialp, Madrid, 2006.

-**MORÁN GONZÁLEZ M. I.** *“El Ministerio Fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor.”* En TAPIA PARREÑO (Dir.) *“Custodia compartida y protección de menores.”* Cuadernos de Derecho Judicial II- 2009. Consejo General del Poder judicial, Madrid, 2009.

-MORENO VELASCO V. *“La atribución del uso de la vivienda distinta de la familiar para garantizar la necesidad de vivienda del menor. La posible contradicción con la doctrina casacional relativa a la limitación del uso de la vivienda familiar existiendo hijos menores”* Diario La Ley Nº 7843, Año XXXIII 23 de abril de 2012, Ref D-167. Edit. La Ley.

-MORENO MANSO J. M. *“Maltrato infantil.”* Edit. EOS, Madrid, 2002.

-MORO ALMARAZ M.J. / SÁNCHEZ CID I. *“Lecciones de derecho de familia.”* Edit. Colex, Madrid, 2005, 2ª Edición.

-MOTZEN STEFAN *“Die Entwicklung des Rechts der elterliche Sorge und des Umgangs seit 2002.”* FamRZ, 2004.

-MUÑOZ RAZO C. *“Cómo elaborar y asesorar una investigación de tesis.”* Edit. Pearson, Méjico, 2011, 2ª Edición.

-NAVAS NAVARRO S. *“El bienestar y el interés del menor desde una perspectiva comparada”* En Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez- Picazo. Tomo I. Madrid, 2003.

-NIELSEN L. *“Shared Parenting After Divorce: A Review of Shared Residential Parenting Research.”* Journal of Divorce & Remarriage, Vol. 54, Issu 8, 2011. Páginas 586-609

“El régimen de separación de bienes y la protección de los terceros.” (Análisis de los artículos 1441 y 1442 CC) Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

-NÚÑEZ IGLESIAS A. *“Código Civil Francés/ Code Civil.”* Edit. Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, Madrid, 2005.

-OCAÑA RODRÍGUEZ A. *“La Filiación en España. Jurisprudencia y Doctrina.”* Edit. Comares, Granada, 1993.

-O’CALLAGHAN MUÑOZ X. *“Compendio de Derecho Civil”* Tomo IV. Derecho de Familia. Edit. Universitaria Ramón Areces, septiembre 2012, 1ª Edición.

“Actualidad Civil” Segunda quincena febrero de 2009, núm. 4. La Ley grupo Wolters Kluwer.

“Código civil comentado y con jurisprudencia” Edit. Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

“Comentarios al Código civil.” Edit. Aranzadi, Navarra, 2006, 2ª Edición.

“Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio.” Colección: *Grandes Obras Jurídicas – Ciencias sociales y jurídicas*, Febrero 2001, 1ª Edición.

-**OROZCO PARDO G.** *“Notas acerca de la mediación en el Derecho español. Comentario a la ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en Estados Unidos.”* *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5, Granada, 2002.

-**ORTEGA GUERRERO I.** *“El principio del Interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: Una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea.”* En *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Vol. II, núm. 3, 2002.

-**ORTUÑO MUÑOZ P. / QUIÑONES ESCÁMEZ A. / CALVO BABÍO F.** *“Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo.”* Edit. La Ley Actualidad, Madrid, 2005.

-**ORTUÑO MUÑOZ P.** *“El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial.”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2006. 1ª Edición.

“Mediación familiar.” En GONZÁLEZ POVEDA P. *“Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y procesales.”* Edit. Sepin, Madrid, 2005.

-**OVERSTAKE J-F.** *“La autonomía y derecho del menor en materia civil en Derecho Francés.”* *Revista crítica de derecho inmobiliario* nº 653, julio-agosto 1999. Páginas 1519-1531.

-**PAGÉS I CRIVILLÉ M.** *“Hijos y divorcio.”* Edit. Martínez Roca, Barcelona, 2002.

-**PAÑOS PÉREZ A.** *“Acerca de la posible discriminación a la hora de otorgar la guarda y custodia de los hijos.”* En PÉREZ VALLEJO A. M. *“Igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Diagnóstico y Prospectiva.”* Edit. Atelier, Barcelona, 2009.

-**PARKER S.** *“The best interest of the child: Principles and problems.”* En ALSTON PHILLIP, *“The best interest of child.”* Oxford, 1994.

-PASTOR VITA F. J. *“Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código civil en materia de separación y divorcio.”* En *Revista de Derecho de Familia*. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2005, núm. 28, julio-septiembre de 2005.

-PECES- BARBA MARTÍNEZ G. / LLAMAS CASCÓN A. / FERNÁNDEZ LIESA C. *“Textos Básicos de Derechos Humanos.”* Con Estudios Generales y Especiales y Comentarios a cada texto nacional e internacional. Edit. Aranzadi, Navarra, 2001.

-PÉREZ JIMENEZ M. T. *“La Mediación en el marco del Protocolo Familiar.”* En *Actualidad Civil*, núm. 9, Quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo I. Edit. La Ley. (LA LEY 2439/ 2010)

-PÉREZ MARTÍN A. J. *“Tratado de Derecho de Familia: Procedimiento contencioso de separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos. Aspectos sustantivos.”* Vol. I y II. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2007. 1ª Edición.

-PÉREZ- SALAZAR RESANO M. *“La guarda y custodia compartida y el régimen de visitas: los puntos de encuentro familiar.”* En TAPIA PARREÑO J. J. (Dir.) *“Custodia compartida y protección de menores.”* Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

-PÉREZ UREÑA A. A. *“La custodia compartida en la Ley 15/2005.”* En *el Derecho Boletín de Legislación*, Año IX, núm. 396, 3 de octubre de 2005. Edit. Derecho Editores, Madrid, 2005.

-PÉREZ VALLEJO A. M. *“Régimen de <<visitas>> del progenitor no custodio. Su incidencia en la relación abuelos-nietos.”* En GARCÍA GARNICA M. C. *“La protección del menor en las rupturas de pareja.”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2009. 1ª Edición.

-PICANTO NOVALES T. *“La custodia compartida a debate.”* Colección: Cuadernos “Bartolomé de las Casas.” Edit. Dykinson, Madrid, 2012.

-PINTO ANDRADE C. *“La custodia compartida.”* Edit. Bosch, Barcelona, 2009.

-POUSSIN G. y LAMY A. *“Custodia compartida. Cómo aprovechar sus ventajas y evitar sus tropiezos.”* Edit. Espasa Calpe, Madrid, 2005.

“Pour une évaluation des effets réels de la résidence allternée.” Revue trimestrielle de droit familial, Edit. Larcier, Bruxelles, 2005.

-**PRUETT M. K. / EBLING R. / INSABELLA G.** “Critical aspects of parenting plans for young children, Interjecting Data Into Debate About Overnights.” Family Court Review, 42,1, 2004.

-**PUIG BRUTAU J.** “Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Familia. Matrimonio. Divorcio. Patria potestad. Tutela.” Edit. Bosch, Barcelona, 1985, 2ª Edición.

-**RAGEL SÁNCHEZ L. F.** “La guarda y custodia de los hijos.” En Revista de Derecho Privado y Constitución, núm. 15, enero-diciembre de 2001.

-**RAVETLLAT BALLESTÉ I.** “La mediación familiar.” En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) Et. Al. “Derecho de Familia.” Edit. Bosch, Barcelona, 2011. 1ª Edición.

-**RIVERO HERNÁNDEZ F.** “Las relaciones paterno-filiales (título, ejercicio y contenido de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas) como contenido del Convenio regulador.” En ARREGUI GIL Y OTROS. “Convenios reguladores de las relaciones conyugales, paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales.” Edit. EUNSA, Pamplona, 1979, 2ª Edición.

“El interés del menor: del estándar jurídico al principio general.” Interés del menor, Segunda Edit. Dykinson, Madrid, Enero, 2007.

“Los conflictos de paternidad en Derecho Comparado y Derecho Español.” EdiT. Ariel, Barcelona, 1971.

“El derecho de visita. Ensayo de construcción unitaria. Teoría y Praxis.” Edit. Universidad de Navarra, Pamplona, 1982.

“Matrimonio y Divorcio: Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código civil.” En LA CRUZ BERDEJO J. L. (Coord.), Madrid, 1994.

-**ROCA I TRÍAS E.** “Libertad y familia.” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

-**ROCA I TRÍAS E. / PUIG U FERRIOL L.** “Institucions del dret civil de Catalunya.” Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

-ROCA SASTRE R. M. / PUIG BRUTAU J. *“Estudios de Derecho privado.”* Edit. Aranzadi, Pamplona, 2009.

-ROGEL VIDE C. *“Derecho de Familia.”* Edit. Reus, Madrid, 2010.

“Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla- La Mancha, Castilla – León, Ceuta y Melilla, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia y Valencia.” Edit. Reus, Madrid, 2008.

-ROMERO COLOMA A. M. *“La guarda y custodia compartida. Una medida familiar igualitaria.”* Colección Scientia Jurídica, Madrid, 2011.

“La guarda y custodia compartida: Análisis y problemática jurídica.” En *Diario La Ley*, 8 de noviembre de 2010, Año XXXI, Sección Doctrina. Edit. La Ley, 2010.

-ROMERO NAVARRO F. *“La custodia compartida. Una perspectiva sociológica. Función del mediador.”* En ROMERO NAVARRO F. *“La mediación: Una visión plural. Diversos campos de aplicación.”* Conserjería de Presidencia y Justicia. Viceconserjería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005.

-RUIZ-GALLARDÓN I. *“Los menores ante el derecho.”* Edit. Universidad Complutense Facultad de Derecho, Madrid, 2005.

-SALANOVA VILLANUEVA M. *“Aproximación al Derecho de visita.”* En *Actualidad Civil*, núm. 24/ 12-18 de junio de 1995, Tomo II.

-SALAZAR BORT S. *“La tutela especial de los hijos en la atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales: El interés protegido.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

-SÁNCHEZ CALERO F. J. *“Curso de Derecho Civil T.I (Bis). Derecho de Familia.”* Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 2º Edición.

-SÁNCHEZ DE LA TORRE A. *“La Capacidad Jurídica. Fundamentos de conocimiento jurídico.”* Edit. Dykinson, Madrid, 2005.

-SAN SEGUNDO MANUEL T. *“Maltrato y Separación: Repercusiones en los hijos.”* En VILLAGRASA ALCAIDE C. (Coord.) Et. Al: Derecho de Familia. Edit. Bosch, Barcelona, 2011. 1ª Edición.

-SANTOS URBANEJA F. *“¿Qué significa el interés del menor?”* En revista de Derecho de Familia. Edit. Lex Nova, Valladolid, 2001, núm. 15 de abril de 2002.

-SAN ANDRÉS DÍEZ R. *“Participación de los niños y las niñas en la sociedad: Un derecho, un deber, un valor a educar.”* En MARTÍN LÓPEZ M.T. (Coord.) *“La protección de los menores, derechos y recursos para su atención.”* Edit. Civitas, Madrid, 2001.

-SANZ MULAS N. /GONZÁLEZ BUSTOS Mª. A. / MARTÍNEZ GALLEG0 E. Mª (Coords.) *“Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.”* Edit. Iustel, Madrid, 2005.

-SARAVIA GONZÁLEZ A. M. *“Guarda y custodia compartida. Principales novedades de la Ley 15/ 05 (cuestiones sustantivas)”* AA.VV. *“La jurisdicción de familia especialización. Ejecución de resoluciones y custodia compartida.”* *Estudios de Derecho judicial*, núm. 147, Madrid, 2008.

-SERRANO ALONSO E. *“Manual de Derecho de Familia.”* Edit. Edisofer, Madrid, 2007, 2ª Edición.

-SEIJAS QUINTANA J. A. *“Consecuencias de la separación y el divorcio.”* En *Actualidad Civil*, núm. 29/ 14-20 de julio de 1997, Tomo III.

-SEISDEDOS MUIÑO A. *“La patria potestad dual.”* Servicio editorial de la UPV/EHU, Bilbao, 1988.

-SHILLER VIRGINIA M. *“Joint versus Maternal Custody for Families with Latency Aged Boys: Parents Characteristics and Child Adjustment.”* *American Journal of Orthopsychiatry*, Vol. 56, nº 3, 1986. Páginas 486-489.

-SOLER S. *“Interpretación de la Ley.”* Edit. Ariel, Barcelona, 1962.

-STANZIONE PASQUALE *“Interesse del minore e statuto dei suoi diritti.”* En *Studi in memoria di Gino Gorla*, Tomo II, Guiffré Editore. Milano, 1994.

-**TAMAYO HAYA S.** *“Igualdad parental y Principio de Corresponsabilidad parental tras la separación o el divorcio.”* En PÉREZ VALLEJO A. M. *“Igualdad efectiva entre hombre y mujeres. Diagnóstico y Prospectiva.”* Edit. Atelier, Barcelona, 2009.

-**TAPIA PARREÑO J. J.** (Dir.) *“Custodia compartida y protección de menores.”* Cuadernos de Derecho judicial. Edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010.

-**TORRELLES TORREA E.** *“La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia.”* En *Actualidad Civil*, núm. 34, del 17-23 de septiembre de 2001. Tomo 4. Edit. La Ley, Madrid, 2001.

“La filiación.” En MALUQUER DE MOTES C. J. (Coord.) *“Derecho de familia.”* Edit. Bosch, Barcelona, 2005.

-**TORRES PEREA J. M.** *“Interés del menor y derecho de familia.”* Edit. Iustel Publicaciones, Madrid, 2008.

“Guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Interés del menor y Derecho de Familia, una perspectiva multidisciplinar.” Madrid, 2009. 1ª Edición.

-**TORTORICI PASTOR C.** *“Minore età e handicap nel diritto spagnolo.”* Napoli- Roma, 1990.

-**UTRERA GUTIÉRREZ J. L.** *“Protección de menores: Acogimiento, adopción y tutela.”* En GONZÁLEZ POVEDA P. y GONZÁLEZ VICENTE P. (Coords.) *“Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos y procesales.”* Edit. Sepin, Madrid, 2005.

-**VARELA GARCÍA C.** *“Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor: Principios programáticos y normas de conflicto.”* En *Actualidad Civil*, núm.12/ 17-23 de marzo de 1997, Tomo I.

-**VARGAS CABRERA B.** *“La protección de los menores en el ordenamiento jurídico.”* Edit. Comares, Granada, 1994.

-**VÁZQUEZ IRUZUBIETA C.** *“Código Civil. Comentarios, Nota y Jurisprudencia.”* Edit. Dijusa, Madrid, 2007.

“Matrimonio y divorcio.” Edit. Difusa, Madrid, 2005.

-**VELA SÁNCHEZ A. J.** *“La Custodia Compartida: ¿Posibilidad o Quimera?”* En GARCÍA GARNICA M. C. *“Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una aproximación interdisciplinar.”* Edit. Aranzadi, Navarra, 2008. 1ª Edición.

-**VERDUGO ALONSO M.** *“Perspectivas actuales en la protección y promoción de los derechos del niño.”* En VERDUGO ALONSO M. y SOLER-SALA V. (Eds.) *“La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI.”* Edit. Universidad de Salamanca, 1996.

-**VIDAL PRADO C.** *“El derecho a conocer la filiación biológica (con especial atención a la filiación materna)”* *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 22, 1996. Páginas 265-282.

-**VILLAGRASA ALCAIDE C.** *“El derecho del menor a relacionarse con abuelos, parientes y allegados.”* En *Revista de Derecho de Familia*, núm.14. Edit. Lex Nova, Valladolid, enero de 2002.

-**VON IHERING R.** *“Estudios jurídicos, del interés de los contratos, la posesión, la lucha por el derecho.”* Edit. Atalaya, Buenos Aires, 1947.

-**WIEHWEG T.** *“Tópica y jurisprudencia.”* Edit. Taurus, Madrid, 1964.

-**ZANON MASDEU L.** *“El divorcio en España.”* Edit. Acervo, Barcelona, 1981.

-**ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA L.** *“Reflexiones en relación con la guarda y custodia de los hijos menores en las crisis de convivencia de sus padres.”* En ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA L. y otros. *“La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción.”* Edit. Dykinson, Madrid, 2004.

“Disponibilidad del objeto en los procesos familiares. Especial consideración de la custodia de los hijos.” en VV.AA. *“Temas de Actualidad en Derecho de Familia.”* Edit. Dykinson, Madrid, 2006.

“El menor en las crisis familiares.” VV.AA. *“Jornadas sobre Derecho de los Menores.”* LÁZARO GONZÁLEZ I. y MAYORAL NARROS I. (Coords.), Madrid, 2003.

-**ZITELMANN MAUD** *“Kindeswohl una Kindeswille im Spannungsfeld van Pädagogik und Recht.”* Munich (Münster) 2001.

PÁGINAS WEB CONSULTADAS

<http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mcatoc/40.htm>

<http://www.padres.divorciados.es/wp-content/uploads/incertidumbre-de-la-custodia-compartida.pdf>

<http://www.projusticia.es/estudios/informe%20Renacer%20sobre%20custodia%20comp artida/documentos7Anexo4 I Renacer custodiacompartida.PDF>

<http://www.padres.es/wp-content/uploads/joint-custody-in-the-usa-en-español.pdf>

<http://law.justia.com/cases/west-virginia/supreme-court/1989/19020-5.html>

<http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/fnact99/1990s/uccjea97.htm>

<http://eticaarguments.blogspot.com/2005705/interes-del-menor-justicia-y-sentido.html>

<http://lawfam.oxfordjournal.org/cgi/content/abstract/8/1/42>

<http://www.legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>

<http://residencealternee.free.fr/debats parlamentaires.doc>

<http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41>

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/530/57/>

<http://www.tandfonline.com/loi/wjdr20>

<http://www.ase mip.org/content/629-ii-jornada-cientifica-de-ase mip>

<http://janus.state.me.us/lgis/stats/19-a/title19-Asec1653.html>

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cacodes/fam.html>

<http://www.lsbep.org/custody pending lit.htm>

<http://legis.state.ia.us/IACODE/1999/598/41.html>

<http://oklegal.onenet/oklegal-cgi/get statute?99/title.43/43-109.html>

<http://www.kslegislature.org/cgi-bin/statutes/index.cgi/60-1610.html>

<http://www3.state.id.us/idstat/TOC/32007KTOC.html>

<http://www.legis.state.il.us/ilcs/ch750act5articles/ch750act5artstoc.htm>

<http://www.moga.state.mo.us/STATUTES/C452.HTM>

<http://touchngo.com/lglcntr/akstats/Statutes/Title25/Chapter20.htm>

<http://members.aol.com/StatutesP2/23Cp.53A.html>

<http://data.opi.state.mt.us/bills/1995/mcatoc/40htm>

<http://www.mscode.com/free/statutes/93/005/oo24.htm>

<http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?Appmode=DisplayStatute&URL=Ch0061/titl0061.htm>

<http://www.legis.state.wi.us/naw/wislaw.htm>Wisconsinlaw>Statutes>Chapter767>

<http://www.capitol.state.tx.us/statutes/fa/fa0015300.html#top>

<http://www.legislature.state.al.us/CodeofAlabama/1975/22063.htm>

<http://www.aaalegalcenter.com/Joint.htm>

<http://www.cepc.gob.es/docs/boletindocumentacion1-247dossier16.pdf?sfursn=2>

<http://www.padresdivorciados.es/wp-content/uploads/custodia-compartida-en-eeuu-y-francia-y-suecia.pdf>

<http://www.aeafe.es>

<http://www.fhi.no/dokumenter/bf66e7bf8b.pdf>

INDICE DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

-STS Nº 858/2002, 20 de septiembre de 2002 (rec.577/1997) Ponente: José de Asis Garrote

-STS Nº 719/2003, 9 de julio de 2003 (rec.884/1999) Ponente: Alfonso Villagomez Rodil

- STS Nº 97/2005, 14 de febrero de 2005 (rec.3331/1998) Ponente: José Almagro Nosete

- STS Nº 576/2009, 27 de julio de 2009 (rec.543/2005) Ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández

-STS Nº 565/2009, 31 de julio de 2009 (rec.247/2007) Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos

- STS Nº 614/2009, 28 de septiembre de 2009 (rec.200/2006) Ponente: Encarnación Roca Trías

-STS Nº 623/2009, de 8 de octubre de 2009 (rec.1471/2006) Ponente: Encarnación Roca Trías

-STS Nº 963/2010, de 11 de marzo de 2010 (rec.54/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías

- STS Nº 54/2011, de 11 de febrero de 2011 (rec.500/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías

- STS Nº 221/2011, de 1 de abril de 2011 (rec.1456/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías

- STS Nº 252/2011, de 7 de abril de 2011 (rec.1580/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías

- STS Nº 236/2011, de 14 de abril de 2011 (rec.2176/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 320/2011, de 12 de mayo de 2011 (rec.1334/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 451/2011, de 21 de junio de 2011 (rec.1766/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 578/2011, de 21 de julio de 2011 (rec.338/2009) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 579/2011, de 22 de julio de 2011 (rec.813/2009) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 641/2011, de 27 de septiembre de 2011(rec.1467/2008) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 689/2011, de 20 de octubre de 2011 (rec.825/2009) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 759/2011, de 2 de noviembre de 2011 (rec.1003/2009) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 961/2012, de 10 de enero de 2012 (rec.1784/2009) Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos
- STS Nº 154/2012, de 9 de marzo de 2012 (rec.113/2010) Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos
- STS Nº 261/2012, de 27 de abril de 2012 (rec.467/2011) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 304/2012, de 21 de mayo de 2012 (rec.1067/2011) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 323/2012, de 25 de mayo de 2012 (rec.1395/2010) Ponente: Encarnación Roca Trías

- STS Nº 325/2012, de 30 de mayo de 2012 (rec.1132/2011) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 499/2012, de 13 de julio de 2012 (rec.1148/2010) Ponente: Encarnación Roca Trías
- STS Nº 642/2012, de 26 de octubre de 2012 (rec.1238/2011) Ponente: José Antonio Seijas Quintana
- STS Nº 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (rec.1440/2010) Ponente: Francisco Javier Orduña Moreno
- STS Nº 257/2013, de 29 de abril de 2013 (rec.2525/2011) Ponente: José Antonio Seijas Quintana
- STS Nº 359/2013, de 24 de mayo de 2013 (rec.732/2012) Ponente: José Antonio Seijas Quintana
- STS Nº 370/2013, de 7 de junio de 2013 (rec.1128/2012) Ponente: José Antonio Seijas Quintana
- STS Nº 426/2013, de 17 de junio de 2013 (rec.1789/2011) Ponente: José Antonio Seijas Quintana
- STS Nº 200/2014, de 25 de abril de 2014 (rec.2983/2012) Ponente: Antonio José Seijas Quintana
- STS Nº 7/2014, de 21 de julio de 2014 (rec.3/2014) Ponente: M^a Teresa Fernández de La Vega Sanz
- STS Nº 619/2014, de 30 de octubre de 2014 (rec.1359/2013) Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas
- STS Nº 5/ 2015, de 16 de enero de 2015 (rec.2178/2013) Ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz
- STS Nº 47/2015, de 13 de febrero de 2015 (rec.2339/2013) Ponente: José Antonio Seijas Quintana

- STS Nº 96/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.890/2014) Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas
- STS Nº 391/2015, de 16 de febrero de 2015 (rec.2827/2013) Ponente: José Antonio Seijas Quintana
- STS Nº 76/2015, de 17 de febrero de 2015 (rec.2923/2013) Ponente: Eduardo Baena Ruíz
- STS Nº 391/2015, de 15 de julio de 2015 (rec.730/2014) Ponente: Eduardo Baena Ruíz
- STS Nº 465/2015, de 9 de septiembre de 2015 (rec.545/2014) Ponente: Francisco Javier Arroyo Fiestas
- STS Nº 530/2015, de 25 de septiembre de 2015 (rec.1537/2014) Ponente: Eduardo Baena Ruíz
- STS Nº 551/2015, de 9 de octubre de 2015 (rec.2842/2014) Ponente: José Antonio Seijas Quintana